

**DIRECTOR: PASCUAL AGUELO NAVARRO**

Abogado, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y Responsable de la web de Extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

Nº 32

# Revista de Derecho Migratorio y Extranjería

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

**Lex Nova, S.A.U.**

Edificio Lex Nova  
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid  
T +034 983 457038 · F +034 983 457224  
E-mail: [clientes@lexnova.es](mailto:clientes@lexnova.es)  
[www.lexnova.es](http://www.lexnova.es)  
[www.thomsonreuters.com](http://www.thomsonreuters.com)

Depósito Legal: VA. 922-2002

ISSN 1695-3509

Printed in Spain — Impreso en España

**Dirección General Thomson Reuters Lex Nova**

Daniel Tejada Benavides

**Impresión**

Rodona Industria Gráfica, S.L.  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 Pamplona

Esta revista ha sido coordinada por Pascual Aguelo Navarro, con la colaboración de Gloria Sánchez y Jaime Barbero, del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuyente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Lex Nova es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



IN~RECEJ



latindex



resh

El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

LA VERSIÓN ON LINE DE ESTA COLECCIÓN, QUE HA SIDO SELECCIONADA POR EL CGPJ PARA SU UTILIZACIÓN POR LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL, PUEDE CONSULTARSE EN **PORTALJURIDICO.LEXNOVA.ES**

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

## **DIRECTOR**

### **PASCUAL AGUELO NAVARRO**

Abogado, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y Responsable de la web de Extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

## **DIRECTOR ADJUNTO**

### **ÁNGEL G. CHUECA SANCHO**

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Zaragoza

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **MARÍA DEL CARMEN AINAGA VARGAS**

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Veracruz (México)

### **ELISEO AJA FERNÁNDEZ**

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona

### **PILAR CHARRO BAENA**

Profesora TU de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos

### **LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO**

Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

### **JAVIER GALPARSORO GARCÍA**

Abogado del Ilustre Colegio de Vizcaya

### **JUAN L. IBARRA ROBLES**

Magistrado. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

### **JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia

### **FERNANDO MARIÑO MENÉNDEZ**

Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III

### **KAREN MUSALO**

Abogada y profesora del Hastings College of the Law. University of California (USA)

### **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA**

Abogado del Ilustre Colegio de Málaga

### **EDUARD SAGARRA I TRIAS**

Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

### **FRANCISCO SOLÁNS PUYUELO**

Abogado del Ilustre Colegio de Valencia

### **MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA**

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Almería

### **CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO**

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

### **ELENA ZABALO ESCUDERO**

Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

### **RICARD ZAPATA-BARRERO**

Profesor Titular de Ciencia Política. Universidad Pompeu Fabra

## ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
EDITORIAL .....	7

### ARTÍCULOS

I. REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR SEGÚN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA <i>Juan José Martín Arribas</i> .....	11
II. LA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO <i>Eduardo Martín Puebla</i> .....	55
III. EL FUTURO DE LA INMIGRACIÓN LABORAL ANTE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2013: ¿DÓNDE HA QUEDADO LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS? <i>Raquel Vela Díaz</i> .....	81
IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y CIERTOS ELEMENTOS DEL SISTEMA EDUCATIVO QUE CONTRIBUYEN A LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES <i>Luis E. Delgado del Rincón</i> .....	103

### DOSSIER

LA ACTUACIÓN PROCESAL ANTE LOS TRIBUNALES EUROPEOS TEDH-TJUE <i>Ángel G. Chueca Sancho y Pascual Aguero Navarro</i> .....	127
--	-----

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES	
<b>Asilo</b> .....	179
<b>Expulsión</b> .....	197
<b>Derecho al trabajo</b> .....	205
<b>Permiso de trabajo</b> .....	212
<b>Derecho Penal</b> .....	217

	Página
<b>Homologación de títulos</b> .....	225
<b>Nacionalidad</b> .....	234
<b>Régimen de la Unión Europea</b> .....	243
<b>Tribunal Constitucional</b> .....	255

## CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA .....	261
II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS .....	265

## ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. INMIGRACIÓN Y GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN PORTUGAL <i>Mercedes Vidal Gallardo</i> .....	273
II. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA CONCESIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y LA AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS <i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i> .....	303
III. PERÚ: HACIA UNA POLÍTICA INTEGRAL SOBRE EL RETORNO. COMENTARIO DE LA LEY 30001, LEY DE REINSERCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL PARA EL MIGRANTE RETORNADO <i>Pilar Charro Baena y Javier H. Espinoza Hildebrando</i> .....	323

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS .....	335
-------------------------------	-----

## COMPLETE INDEX

	<u>Página</u>
EDITORIAL .....	7

### ARTICLES

I. THOUGHTS ABOUT THE RIGHTS OF THE IMMIGRANTS IN IRREGULAR SITUATION ACCORDING TO THE EUROPEAN UNION LAW <i>Juan José Martín Arribas</i> .....	11
II. THE COMMON POLICY ON INMIGRATION IN THE EUROPEAN UNION AND THE DIRECTIVE ON A SINGLE PERMIT <i>Eduardo Martín Puebla</i> .....	55
III. THE FUTURE OF LABOUR IMMIGRATION ACCORDING TO THE GENERAL STATE BUDGET FOR 2013: IN WHICH SITUATION IS NOW THE INTEGRATION OF FOREIGN PEOPLE? <i>Raquel Vela Díaz</i> .....	81
IV. SOME THOUGHTS ABOUT THE RIGHT TO EDUCATION AND CERTAIN ELEMENTS OF THE EDUCATIONAL SYSTEM THAT CONTRIBUTE TO THE SOCIAL INTEGRATION OF IMMIGRANTS <i>Luis E. Delgado del Rincón</i> .....	103

### DOSSIER

PROCEDURAL PROCEEDING IN THE ECHR AND THE CJEU <i>Ángel G. Chueca Sancho y Pascual Aguelo Navarro</i> .....	127
--	-----

### REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES	
<b>Asylum</b> .....	179
<b>Expulsion</b> .....	197
<b>Right to work</b> .....	205
<b>Working license</b> .....	212
<b>Criminal Law</b> .....	217

	Página
<b>Recognition of qualifications</b> .....	225
<b>Nationality</b> .....	234
<b>European Union Regime</b> .....	243
<b>Constitutional Court</b> .....	255

## LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT .....	261
II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS .....	265

## RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. IMMIGRATION AND MANAGING DIVERSITY IN PORTUGAL <i>Mercedes Vidal Gallardo</i> .....	273
II. DIFFERENCES BETWEEN THE GRANTING OF ASYLUM AND APPROVAL OF STAY ON HUMANITARIAN GROUNDS <i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i> .....	303
III. PERU: TOWARDS A COMPREHENSIVE POLICY ON THE RETURN. ANALYSIS OF THE LAW 30001, LAW OF ECONOMIC AND SOCIAL REINTEGRATION FOR THE RETURNEE MIGRANT <i>Pilar Charro Baena y Javier H. Espinoza Hildebrando</i> .....	323

## BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

I. BIBLIOGRAPHICAL NOTICES .....	335
----------------------------------	-----

## EDITORIAL

El cuatrimestre comenzó y finalizó con dos noticias de contenido esencialmente contradictorio. En el mes de enero de 2013 se publicaba la Instrucción SGIE/3/2012, sobre **prórroga de las restricciones para el acceso al trabajo por cuenta ajena de los nacionales rumanos y sus familiares**; por el contrario, el 30 de abril se hacía pública la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre **medidas para facilitar el ejercicio de los derechos concedidos a los trabajadores en el marco de la libre circulación de los trabajadores**. En todo caso, y en relación con los nacionales rumanos, las restricciones a la libre circulación de trabajadores finalizarán definitivamente este año 2013. A partir del 1 de enero de 2014, la libre circulación será plena, sin limitaciones de ningún orden.

En el mes de febrero de 2013 se dio a conocer la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el **Recurso de inconstitucionalidad 1024/2004, interpuesto por el Parlamento Vasco contra la reforma de la LOEX operada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre** y que estimó parcialmente, declarando inconstitucional y nulo el inciso «Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años» del art. 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000, y declara la interpretación acorde con la CE de los arts. 62. quinquies.1; segundo párrafo de la disposición adicional quinta; disposición adicional séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, introducida por el art. 3.5 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

Por su parte, en el mes de marzo de 2013 se resuelve el **recurso de ilegalidad planteado por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía; Andalucía Acoge; APDH Andalucía y la Federación SOS Racismo contra el Reglamento de Extranjería 557/2011**, haciéndose pública la **STS de 12-03-2013**, que anula los siguientes preceptos:

- A) El inciso «los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario», que contiene el artículo 88.5, párrafo 4.º, del Reglamento objeto de recurso.
- B) El apartado 4 del artículo 128 del citado Reglamento, a tenor del cual en los procedimientos para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado, el órgano competente «podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal».
- C) El apartado primero, párrafo segundo, de la Disposición adicional primera, así como el inciso «o en su caso resolverá la inadmisión a trámite» que contiene el artículo 106.3, párrafo primero, del mismo Reglamento, en la medida en que atribuye a las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas en el exterior la competencia «en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero» cuando no la tengan para resolver el fondo de los procedimientos

para la obtención de las siguientes autorizaciones: a) las de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado; b) las de residencia temporal no lucrativa; c) las de residencia temporal y trabajo por cuenta propia; y d) las de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días.

A lo largo del cuatrimestre, asimismo tuvieron lugar varias noticias de alcance:

- El **Proyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros**, que tiene como objeto la reforma de los Registros Civil, Mercantil y de la Propiedad partiendo de los principios de separación de funciones judiciales y administrativas, unificación orgánica y modernización de los registros.
- El anuncio de una próxima **Ley de Apoyo al Emprendedor y su internacionalización**, que contempla una serie de Medidas para impulsar la internacionalización de la economía española, entre las que se prevé un nuevo régimen de visados y autorizaciones de residencia para impulsar la atracción de talento e inversión, y se articulará, con una periodicidad definida, una estrategia española de internacionalización.
- Por otra parte, la **Reforma del Código Penal** continúa su proceso de tramitación; esperamos que su inquietante contenido, plasmado en el art. 318 bis del Proyecto, en relación con las personas en situaciones de irregularidad administrativa y de quienes les presten cualquier tipo de apoyo solidario, sea eliminado o al menos limitado a actuaciones delictuales realizadas por organizaciones criminales con ánimo de lucro o en detrimento de los derechos de las personas migrantes.

El Sumario de la REDMEX presenta un buen número de trabajos orientados a la reflexión sobre los derechos de las personas migrantes en situación de irregularidad y varios artículos sobre las políticas de inmigración e integración de la UE y España.

El núm. 32 de la REDMEX contiene asimismo un extenso Dossier, elaborado por los Directores de la revista, centrado en un tema de gran interés y actualidad y no menor incidencia práctica: «La actuación procesal ante los Tribunales europeos: TEDH y TJUE».

La REDMEX se completa con sus habituales secciones de crónicas de jurisprudencia y legislativas, la información sobre las actividades más destacadas operadas en el ámbito de la Unión Europea y una relación de la bibliografía reciente y jornadas sobre extranjería. Entre estas últimas destaca la próxima convocatoria los días 13 a 15 de junio en Lérida del **XXIII Encuentro de la Abogacía en materia de extranjería y asilo**, organizado por la Subcomisión de Extranjería del CGAE en colaboración con el Colegio de Abogados de Lérida.

Como siempre, sólo nos resta desearos una buena y provechosa lectura de la REDMEX.

Revista de

# Derecho migratorio y extranjería

---

**ARTÍCULOS**

---



# I. REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR SEGÚN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

JUAN JOSÉ MARTÍN ARRIBAS

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.  
Universidad de Burgos*

## RESUMEN

### **Reflexiones sobre los derechos de los inmigrantes en situación irregular según el Derecho de la Unión Europea**

Partiendo de la diversa realidad cuantitativa y cualitativa que acompaña a los inmigrantes que viven en el territorio de la Unión Europea (UE) en situación irregular, se plantea la cuestión de qué es lo que está haciendo la UE para conciliar la protección de sus derechos humanos y la lucha contra la inmigración irregular desde un punto de vista jurídico. Para dar respuesta a este interrogante, se aborda, en primer término, el contenido más relevante que, a este respecto, presenta el actual derecho originario. Su desarrollo concreto por parte de las instituciones europeas permite reflexionar, en segundo lugar, acerca de las luces y de las sombras que presentan, en la actualidad, algunas de sus principales normas de derecho derivado. Obviamente su aplicación práctica por parte de las administraciones estatales podría no ser siempre correcta, y por ello se analiza, en tercer lugar, las recientes aportaciones que ha efectuado el tribunal de justicia de la UE, puesto que ha tenido que terciar para fijar la interpretación más correcta de las mismas, ayudando así en su concreta aplicación al caso que ha tenido que resolver el órgano jurisdiccional estatal que le ha planteado previamente una cuestión prejudicial. Por último, un conjunto de reflexiones finales sirven rematar esta publicación.

**Palabras clave:** Derechos, inmigrantes en situación irregular, inmigrantes ilegales, inmigración irregular, inmigración ilegal, derecho de la Unión Europea.

## ABSTRACT

### **Thoughts about the rights of the immigrants in irregular situation according to the European Union Law**

Based on the quantitative and qualitative diverse reality that accompanies immigrants living in the territory of the European Union (EU) in an irregular situation, the question arises of what the EU is doing to reconcile the protection of human rights and combating illegal immigration from a legal standpoint. To answer this question, it is tackled, first, the most relevant content that, in this respect, shows the current primary law. Secondly, its concrete development by the European institutions permits to reflect on the lights and shadows that have, at present, some of the main rules of secondary legislation. Obviously, its practical application by the state government might not always be correct, and therefore it is analyzed thirdly, recent contributions in this regard that has been made by the court of the EU as it has had to mediate to secure the correct interpretation of them, helping in its concrete application to the case who had to be solved by the state court which has previously raised a preliminary ruling. Finally, a set of final reflections serve to finish this publication.

**Key words:** Rights, immigrants in irregular situation, illegal immigrants, irregular immigration, illegal immigration, European Union law.

-----

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DERECHO ORIGINARIO.
  - 1. **Respeto de los derechos humanos.**
  - 2. **Inmigración ilegal y trata de seres humanos.**
- III. EL DERECHO DERIVADO.
  - 1. **Sanciones a los transportistas.**
  - 2. **Sanciones a los empleadores.**
  - 3. **Tráfico y trata de seres humanos.**
    - A) Ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.
    - B) Prevención y lucha contra la trata de seres humanos.
    - C) Concesión de permiso de residencia a nacionales de terceros que cooperen en la lucha contra la trata o la inmigración ilegal.
  - 4. **Intercambio de información y de datos.**
  - 5. **Expulsión, alejamiento y retorno.**
    - A) Reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión de nacionales de terceros.
    - B) Asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.
    - C) Directiva de retorno.
- IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.
  - 1. **Sanción penal para un traficante de personas.**
  - 2. **La pena de multa sustituible por expulsión o arresto domiciliario y la pena de prisión y multa.**
  - 3. **La prisión por incumplimiento de una orden de salida del territorio de un Estado miembro.**
  - 4. **La cuestión del internamiento y sus límites.**
- V. CONSIDERACIONES FINALES.

-----

## I. INTRODUCCIÓN

Dado el particular contexto que acompaña a quienes se hallan en situación irregular en Europa es prácticamente imposible conocer con toda seguridad una cifra concreta que les represente y con más razón encontrarla en alguna estadística oficial<sup>(1)</sup>. Aun así, hay quienes

---

(1) Suele ser algo habitual que el número de los inmigrantes en situación irregular se intente calcular según las estadísticas existentes sobre entradas rechazadas, expulsiones, detenciones en la frontera, solicitudes de asilo o demandas de protección internacional rechazadas, así como por las solicitudes de regularización.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

se han arriesgado a hacer algunas estimaciones<sup>(2)</sup>. La Comisión europea suponía que en el año 2007 solo los trabajadores ilegales en Europa alcanzaban una cifra que oscilaba entre los 4,5 y 8 millones<sup>(3)</sup>. Más recientemente el Consejo de Europa ha cuantificado entre 5 y 8 millones los inmigrantes en situación irregular en Europa<sup>(4)</sup>. En fin, estas apreciaciones podrían ser todavía más amplias si fuera cierto que en el año 2000 ya había 5 millones de inmigrantes sin papeles en Europa y que alrededor de 500.000 están llegando cada año<sup>(5)</sup>.

Si como ha señalado Matthew J. GIBNEY todos los inmigrantes son vulnerables en el proceso de adaptación a la nueva sociedad de acogida<sup>(6)</sup>, los irregulares se encuentran, con certeza, en una situación especialmente propicia para la explotación, los abusos, el sufrimiento e incluso la muerte, puesto que, comparativamente con otros seres humanos que tienen expresamente reconocidos y garantizados sus derechos, se hallan en condiciones de mayor vulnerabilidad e indefensión. Un buen botón de muestra lo ofrece parte del trabajo doméstico que desempeñan en muchas ocasiones mujeres extranjeras en situación irregular<sup>(7)</sup>. Pero podrían ilustrar esta afirmación otros muchos grupos, como el de las personas sometidas a trata o traficadas, el de los matrimonios de conveniencia, el de los trabajadores extranjeros sin papeles, el de los menores no acompañados, etc. Si hacemos caso del parecer de la Comisión europea, el empleo de residentes ilegales nacionales de terceros países es el resultado de la convergencia de la oferta que representan los inmigrantes en busca de unas condiciones de vida mejores y la demanda de empresarios dispuestos a aprovecharse de estos últimos para que realicen trabajos que suelen requerir escasas cualificaciones y estar mal remunerados. Según algunos, el empleo ilegal se concentra en sectores tales como la construcción, la agricultura, la limpieza, la hostelería y la restauración<sup>(8)</sup>.

---

(2) En el año 2012, 573.712 inmigrantes figuraban en las estadísticas oficiales como residentes en España sin autorización, ya que 3,2 millones de personas nacidas en países de fuera de la Unión Europea (UE) estaban empadronadas y 2,6 millones fueron los permisos expedidos a ciudadanos de los Estados miembros. Cfr. EUROPA PRESS, «Medio millón de inmigrantes irregulares se quedarán sin la cobertura sanitaria», lunes, 23 de abril de 2012, <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/23/espana/1335186820.html>>.

(3) COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países*. Bruselas, 16-5-2007 (COM (2007) 249 final), exposición de motivos, p. 2.

(4) CONSEJO DE EUROPA, COMMITTEE ON MIGRATION, REFUGEES AND DISPLACED PERSONS, «And the number of irregular migrants in Europe is estimated at between 5 and 8 million», mayo de 2012, <[http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/committee/MIG/Role\\_E.htm](http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/committee/MIG/Role_E.htm)>.

(5) COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES, *Les migrations dans un monde interconnecté: nouvelles perspectives d'action. (Rapport de la commission mondiale sur les migrations internationales)*, octubre de 2005, p. 94.

(6) Cfr. GIBNEY, M.-J., *Outside the protection of the Law. The situation of irregular migrants in Europe. A synthesis report commissioned by the Jesuit Refugee Service-Europe*, Working Papers, RSCworkingpaper6.pdf., p. 21.

(7) Según la FRA, EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, «Migrants in an irregular situation employed in domestic work: Fundamental rights challenges for European Union and its Member States», julio de 2011, en <<http://www.fra.europa.eu>>. Entre las formas de explotación más documentadas se cuentan salarios bajos, excesivas horas de trabajo, carecer de seguro médico, cobertura por accidentes y baja por enfermedad, todo lo cual atenta contra los convenios laborales europeos. Esta situación es posible porque las inspecciones laborales afectan menos al trabajo doméstico que a otros empleos, tal y como se indica en las conclusiones del informe.

(8) Cfr. PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Co-mares, Granada, 2004, p. 37.

Ahora bien, la realidad de las cosas nos muestra que no coincide el número de empleados ilegales con los residentes en situación irregular. En la literatura al uso, se le contraponen claramente a los inmigrantes legales o regulares que llegan a Europa provistos de los documentos necesarios, como suelen ser el pasaporte (junto con el visado de entrada en su caso) y, si vienen a trabajar, un contrato de trabajo. En este contexto puede considerarse a los inmigrantes irregulares como aquellas personas nacionales de terceros países o apátridas que se hallan en el territorio de cualquier Estado miembro careciendo de la pertinente y particular autorización de acuerdo con las correspondientes normas estatales de aplicación. En suma, se encuentran en ellos sin visado en regla ni permiso de residencia, esto es, en situación irregular. La Directiva 2008/115/CE<sup>(9)</sup> define, como «situación irregular», «la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada [...], estancia o residencia en ese Estado miembro»<sup>(10)</sup>. Se trata de una noción que, en cierto modo, determina una trilogía de situaciones en las que pueden incurrir estos ciudadanos de terceros Estados y, que, a primera vista, parecen sucederse en el tiempo, aunque, en la práctica, puede darse por primera vez cualquiera de ellas: entrada irregular, estancia irregular y residencia irregular. Obviamente la particular casuística de cada una puede aglutinar realidades personales muy amplias y diversas y, entre estas, el abanico de posibilidades se multiplica todavía más.

La Unión Europea (UE), a través de sus políticas, actuaciones y normas jurídicas, ha centrado todos sus esfuerzos, no ya en la defensa del colectivo de inmigrantes en situación irregular, sino en la lucha contra la inmigración ilegal<sup>(11)</sup>; apostando, a su vez, por la inmigración legal, esto es, aquella que se lleva a cabo respetando las normas europeas de aplicación ya procedan de la Unión o, sobre todo, de cualquiera de sus Estados miembros. Así, en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999 los Jefes de Estado y de Gobierno contemplaron la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal, se mostraron decididos a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen en especial luchando contra quienes se dedican a la trata

---

(9) 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 de 24-12-2008).

(10) Tal y como expresa en su art. 3.1. Aun así, debe recordarse que las expresiones y términos que utilizan las instituciones europeas son bastante cambiantes, porque, por ejemplo, en la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DO L 149 de 2/06/2001, pp. 4-36) y en la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 168 de 30-06-2009, pp. 24-32) se alude a la «inmigración clandestina». Bien es verdad que también esta última incluye en su texto la expresión «nacionales de terceros países en situación irregular». En la Directiva 2002/90/CE la inmigración clandestina se refiere a la entrada, el tránsito o la permanencia de un extranjero (persona que no es nacional de un Estado miembro) en el territorio de un Estado miembro vulnerando su legislación sobre entrada, tránsito o estancia de extranjeros (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328, de 5-12-2002))

(11) Algo que, en palabras de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, constituye una obsesión para la Unión. Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La inmigración y el asilo en la Unión Europea: presente y futuro», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2003 (dedicado a los movimientos migratorios y derecho), pp. 93-118, esp. p. 98.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

---

de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes, y pidieron que se desarrollen campañas de información sobre las posibilidades reales de inmigración legal<sup>(12)</sup>.

Por su parte el programa de Estocolmo, aprobado por el Consejo Europeo en 2009, contiene un plan programático para los años 2010 a 2014, en el cual se afirma que, para mantener unos sistemas creíbles y duraderos de inmigración y asilo en la Unión, es necesario impedir, controlar y combatir la inmigración ilegal; se señala también que la UE debe continuar facilitando el acceso legal al territorio de sus Estados miembros, a la vez que toma medidas para luchar contra la inmigración ilegal; y, en fin, se apuesta por desarrollar unas políticas eficaces para luchar contra la inmigración ilegal<sup>(13)</sup>.

Aunque la inmigración irregular constituya un fenómeno que ha pervivido siempre en Europa, lo que ha sucedido en estos últimos años ha sido que la UE ha ido endureciendo progresivamente sus políticas, actuaciones y normas para combatirla. Algo que, a la postre, podría haber puesto en tela de juicio el verdadero respeto de los derechos humanos de quienes se hallan en situación irregular, máxime si se hace una interpretación amplia y teleológica de su propio contenido, tal y como aparece tipificado en el propio derecho de la UE. O, cuanto menos, podría haber conseguido una reducción en el nivel de protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales en el marco de esa pugna constante entre la defensa de los mismos considerada en general y en abstracto y la lucha contra la inmigración irregular concebida en concreto y en la práctica.

Precisamente para conocer con una cierta exactitud y profundización cómo la UE está conciliando la protección de los derechos humanos de estas personas y la lucha contra la inmigración irregular desde un punto de vista jurídico, me parece conveniente abordar, en primer término, el contenido más relevante que, a este respecto, presenta su actual derecho originario. Su desarrollo concreto por parte de las instituciones europeas me conduce, en segundo lugar, a tratar de reflexionar acerca de las luces y de las sombras que presentan, en la actualidad, algunas de sus principales normas de derecho derivado. Obviamente su aplicación práctica por parte de las administraciones estatales podría no ser siempre correcta, y por ello me parece necesario analizar, en tercer lugar, las recientes aportaciones que, a este respecto, ha efectuado el TJUE puesto que ha tenido que terciar para fijar la interpretación más correcta de las mismas, ayudando así en su concreta aplicación al caso que ha tenido que resolver el órgano jurisdiccional estatal que le ha planteado previamente una cuestión prejudicial. Por último, un conjunto de reflexiones finales servirán para rematar esta publicación.

## II. EL DERECHO ORIGINARIO

Desde un plano meramente dogmático, se observa que, aunque el derecho originario de la UE no contemple expresamente una protección de los derechos de los inmigrantes en situa-

---

(12) Sobre el particular, puede leerse la interesante publicación de ELSEN, Ch., «L'esprit et les ambitions de Tampere: une ère nouvelle pour la coopération dans le domaine de la Justice et des affaires intérieures?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 433, 1999, p. 659-663.

(13) Para una profundización en el mismo, *vid.* ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., «El Programa de Estocolmo», *Diario La Ley*, núm. 7812, 6 de marzo de 2012, pp. 1-14.

ción irregular, sí que regula tanto la protección de los derechos humanos cuanto la política común de inmigración. Con ella se quiere garantizar, entre otras cosas, «una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas»<sup>(14)</sup>, «dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros»<sup>(15)</sup>. Regulación ésta en la que merece la pena detenerse para reflexionar incidiendo en dos cuestiones esenciales: el respeto de los derechos humanos y la inmigración ilegal y trata de seres humanos

## 1. Respeto de los derechos humanos

Como ha escrito DÍAZ BARRADO, el respeto de los derechos humanos no solo aparece regulado en diversas disposiciones del tratado, sino que se deja entrever, de un modo u otro, en el conjunto de las acciones y políticas que debe llevar a cabo la Unión<sup>(16)</sup>.

En efecto, puede observarse que en el preámbulo del Tratado de la UE (TUE) los representantes de los Estados miembros se inspiran en los derechos humanos, se adhieren a respetarlos y a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta social europea de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores de 1989<sup>(17)</sup>. En sus disposiciones comunes (Tít. I) resalta que la UE se fundamenta en el respeto de los derechos humanos<sup>(18)</sup>, se obliga a fomentarlos<sup>(19)</sup>, a contribuir a su protección en sus relaciones con el resto del mundo<sup>(20)</sup>, reconoce los derechos enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) y establece la aplicación de mecanismos de prevención y sanción que pueden desencadenarse en caso de violación por parte de un Estado miembro de los valores de la UE<sup>(21)</sup>. Sus disposiciones sobre los principios democráticos (Tít. II) prescriben la igualdad entre ciudadanos y el derecho a participar en la vida democrática<sup>(22)</sup>. Y, en fin, en sus disposiciones relativas a la acción exterior y a la PESC (Tít. V) determina que la acción exterior de la UE pretende fomentar en el resto del

---

(14) Cfr. art. 79.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

(15) En base al art. 67.1 del TFUE y tal y como ha sido reiterado por la diversa jurisprudencia del TJUE. Así, por ejemplo, en la sentencia del tribunal de justicia (gran sala) de 26 de junio de 2007, as. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et alt.*, señala, en su apdo. 29, que «debe recordarse también que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el tribunal de justicia. A este respecto, el tribunal de justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido».

(16) DÍAZ BARRADO, C. M., «Los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea», en F. M. MARIÑO MENÉNDEZ (Dir.) y C. F. MOREIRO GONZÁLEZ (Coord.), *Derecho internacional y Tratado constitucional europeo*, Madrid, Marcial Pons, Universidad Carlos III de Madrid, 2006, pp. 83-126, esp. pp. 83-84.

(17) Más en concreto en los párrafos 2, 3 y 4.

(18) Incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, y en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, estado de derecho (según el art. 2 en su versión consolidada).

(19) Fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño (art. 3.3 en su versión consolidada).

(20) Especialmente los derechos del niño (art. 3.5 en su versión consolidada).

(21) De acuerdo con los arts. 6 y 7 en su versión consolidada.

(22) En sus arts. 9-11 en su versión consolidada.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

mundo la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que cooperará para consolidar y fomentar los derechos humanos, y defenderá los valores de la Unión<sup>(23)</sup>.

Profundizando y complementando lo anterior, el Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE) se ocupa de los derechos humanos tanto en sus disposiciones de aplicación general que incluye en su primera parte<sup>(24)</sup>, como en la segunda parte centrada en la no discriminación y ciudadanía de la Unión<sup>(25)</sup>, como en sus numerosas acciones y políticas internas de su tercera parte<sup>(26)</sup>, como en la acción exterior de la Unión de su quinta parte<sup>(27)</sup>. En suma, podría afirmarse con Philip ALSTON y J.H.H. WEILER que la UE defiende los derechos humanos tanto a nivel interno como en sus relaciones exteriores, formando ambas vertientes dos caras de una misma moneda<sup>(28)</sup>.

En lo que se refiere a la CDFUE, se consagra su tan deseado valor jurídico, equiparándolo al de los tratados<sup>(29)</sup>; sus disposiciones se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la UE<sup>(30)</sup> y no amplía el ámbito de aplicación de este derecho más allá de las competencias de la UE, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados<sup>(31)</sup>. La declaración relativa a la CDFUE viene a precisar, hasta cierto punto, su alcance; algo que desgraciadamente el protocolo núm. 30 matiza todavía más en su concreta aplicación a Polonia y a Reino Unido<sup>(32)</sup>, Estados que también han conseguido anexar sendas declaraciones, calificadas con buen criterio por FERNÁNDEZ TOMÁS como unilaterales e interpretativas<sup>(33)</sup>. Así las cosas,

---

(23) En virtud de los arts. 21, 32, 39 y 42 en su versión consolidada.

(24) Incluyendo el derecho a la igualdad, la no discriminación, etc. (arts. 8-12 en su versión consolidada), el derecho de acceso a los documentos y la protección de datos de carácter personal (arts. 15-16 en su versión consolidada).

(25) Arts. 18-25 en su versión consolidada, que detallan la prohibición de discriminación y los derechos inherentes a la figura jurídica de la ciudadanía.

(26) Por ejemplo la libre circulación y la prohibición de diversos tipos de discriminación los incluye dentro del mercado interior (arts. 26, 40 y 45 en su versión consolidada), el derecho a la tutela judicial efectiva y la no devolución aparecen en el espacio de libertad, seguridad y justicia (arts. 67, 78 y 81 en su versión consolidada), la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la política social (art. 153), etc.

(27) Su art. 207 en el marco de la política comercial común afirma que ésta se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión. El art. 218 alude a la adhesión de la UE al convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Su art. 217 le permite celebrar acuerdos con terceros que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocos...

(28) ALSTON, Ph. y WEILER, J.H.H., «An “Ever Closer Union” in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights», en Ph. ALSTON, *The EU and the Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 3-68, esp. p. 6-8.

(29) En el art. 6 del TUE.

(30) En virtud de su art. 51.1.

(31) Cfr. la sentencia del tribunal de justicia (sala tercera) de 8 de noviembre de 2012, as. C-40/11, *Yoshikazu Iida y Stadt Ulm*, apdo. 78.

(32) Lo que ha llevado a A. ALCOCEBA a calificar esta Carta como *diferenciada*. ALCOCEBA GALLEGO, A., «Tratado de Lisboa: ¿menos Europa, más estado?», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 87-116, esp. p. 96.

(33) Y el protocolo núm. 30 en la versión consolidada conceptualizado como auténtica reserva, con los efectos que ello conlleva. FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado

se trata de una norma de derecho originario que obliga no solo a las instituciones de la UE, sino también a los Estados miembros a adoptar normas y aplicarlas respetando los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>(34)</sup>. Y en sintonía con ella, desde el otro lado de la misma moneda, puede sostenerse que los inmigrantes que se hallen en el territorio de la UE, independientemente de su situación regular o irregular, deben poder reclamar el respeto de sus derechos no solo por parte de las administraciones o instituciones correspondientes sino también ante los órganos jurisdiccionales estatales y, en su caso, europeos que sean competentes.

En este sentido, debe concebirse a los inmigrantes en situación irregular como sujetos de derechos humanos por el hecho de ser personas, seres humanos<sup>(35)</sup>; y además los derechos humanos los protegen porque son universales<sup>(36)</sup>, se reconocen en numerosos textos internacionales<sup>(37)</sup>, en la jurisprudencia internacional<sup>(38)</sup>, en los derechos internos y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros<sup>(39)</sup>. Así ha sido reconocido expre-

---

de Lisboa. Limitaciones a su eficiencia y alcance generadas por el protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», en *El Tratado de Lisboa. Cit.*, pp. 119-149, esp. pp. 121 y 123. Otros análisis sugerentes: PASTOR PALOMAR, A., «La regla *inclusio unius exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, el Reino Unido y los otros», en *ibid.*, pp. 161-178.

(34) Las instituciones europeas, respetando el principio de subsidiariedad, no pueden ampliar sus competencias y las funciones que les son conferidas por los tratados constitutivos. Los Estados miembros siempre que apliquen la legislación de la UE también deben respetarla. Si alguno de los derechos corresponde a los derechos garantizados por la convención europea de los derechos humanos, esos derechos deberán tener un sentido y ámbito de aplicación iguales a los determinados por la convención, aunque la legislación de la UE puede prever una protección más amplia.

(35) Cfr. HERMET, G., *Dictionnaire des sciences politiques et des institutions politiques*, Paris, Arman Colin, 1998, p. 88.

(36) Sobre la universalidad de los derechos humanos, puede consultarse la valoración que realiza LEBEN. LEBEN, Ch., «Is there a European Approach to Human Rights?», en Ph. ALSTON, *The EU and the Human Rights*, Oxford, University Press, Oxford, 1999, pp. 69-98, esp. p. 72 y ss. O los sustanciosos argumentos expresados por CARRILLO. CARRILLO SALCEDO, J. A., «El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso», en M. E. RODRÍGUEZ Y A. TORNOS (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pp. 39-52, esp. p. 43. CARRILLO SALCEDO, J. A., «La protección de los derechos humanos en la Unión Europea», en F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 75-84, esp. p. 77.

(37) Tales como la carta de la ONU, la propia declaración universal de derechos humanos, los pactos internacionales, etc.

(38) Sirva como botón de muestra el fallo del TIJ en el as. *Barcelona Traction* puesto que dejó bien sentado que existen obligaciones estatales hacia la comunidad internacional considerada en su conjunto, que derivan, *inter alia*, de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo entre ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial (TIJ, sentencia de 5 de febrero de 1970, apdo. 34). Ahora bien, en el TEDH la jurisprudencia es muy amplia y algo menos extensa en el TJUE (p.e. sentencia de 12 de noviembre de 1969, as. 29/69, *Stauder*, rec. 1969, p. 419, apdo. 7, o la sentencia de 22 de noviembre de 2005, as. C-144/04, *Mangold*, rec. 2005, p. I-9981, apdo. 75).

(39) En concreto, la Constitución española de 1978 determina, en su art. 10, que la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes son el fundamento del orden público y de la paz social, y que los derechos de las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades reconocidas en la Constitución española deben ser interpretadas de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España. Por otra parte y muy relacionada con lo anterior regula en su art. 13 la situación de los extranjeros, que, como es sabido, forma parte del Título I en el que se recogen «los derechos y deberes fundamentales», cuyo capítulo I tiene como enunciado «de los españoles y los extranjeros». El disfrute de tales derechos y deberes fundamentales en España se condiciona a la regulación que hagan los tratados internacionales y la legislación

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

samente por la propia Comisión europea al señalar que «los inmigrantes ilegales están protegidos por las normas universales de los derechos humanos y deben gozar de ciertos derechos fundamentales»<sup>(40)</sup>.

Ahora bien, como es sabido, la UE protege especialmente los derechos humanos de los grupos más vulnerables en sintonía con la normativa internacional y las tradiciones de sus Estados miembros. Lo que es lógico, puesto que, como ha afirmado, con fundamento, Mariño, «el derecho internacional contemporáneo, convencional y general, universal y regional, toma progresivamente en cuenta a «grupos humanos diferenciados» y se orienta con cierta especificidad a proteger su *existencia* y su identidad conjuntamente con los derechos humanos de sus integrantes»<sup>(41)</sup>. En este sentido, debe destacarse las medidas acordadas para proteger especialmente colectivos como los discapacitados<sup>(42)</sup>, las mujeres, los mayores o los niños<sup>(43)</sup>.

Aunque todavía no se hayan alcanzado los desarrollos deseados, parecen particularmente interesantes los progresos que se han sucedido a lo largo de estos últimos años con respecto a los derechos de los niños, algo en lo que ha tenido su grado de influencia la normativa internacional<sup>(44)</sup>, la CDFUE<sup>(45)</sup>, las normas internas de los Estados miembros y, por supuesto, la activa labor que, a este respecto, están llevando a cabo las instituciones europeas<sup>(46)</sup>; gracias, entre otras cosas, a la estrategia diseñada mediante las orientaciones

---

española. (Opinión diversa parece mantener I. GUTIÉRREZ al afirmar que «no puede significar que son titulares de los derechos fundamentales en la medida en que se los reconozca la ley, porque supondría una contradicción lógica: unos derechos concedidos por la ley, y que por tanto ésta puede retirar, no son derechos fundamentales en sentido propio, esto es, derechos garantizados por la norma jurídica fundamental del Estado, por la Constitución». GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las Leyes españolas», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 22, 2003, pp. 13-26, esp. p. 19). En la interpretación del contenido del art. 13.1 deberá tenerse en cuenta las exigencias del art. 10.2 de la Constitución, tal y como ya expusieron T. FREIXES y J. C. REMOTTI. FREIXES, T., y REMOTTI CARBONELL, J.C., «Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 103-141, esp. p. 108.

(40) COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europea y al Comité de las regiones sobre la inmigración, la integración y el empleo* (COM (2003) 336 final) de 3 de junio de 2003, pp. 26-27.

(41) Cfr: MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Protección de las minorías y de sus miembros en el Derecho internacional y en Europa», en María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP (ed. lit.), ANDRÉS TORNOS CUBILLO (ed. lit.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pp. 53-82, esp. p. 53.

(42) El TFUE impone a la UE el deber de luchar contra la discriminación por razón de discapacidad (art. 10) y pone en manos del Consejo la posibilidad de adoptar, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa aprobación del Parlamento europeo, acciones adecuadas para luchar contra este tipo de discriminación.

(43) ¿Y no podría considerarse al colectivo de inmigrantes como grupo vulnerable por su especial situación? ¿Y los irregulares?

(44) Tales, como, entre otras, la declaración universal de los derechos humanos (art. 25), la convención sobre los derechos del niño junto con sus protocolos adicionales, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales o el convenio europeo de derechos humanos.

(45) Como es sabido, su art. 24 se encarga de regular los derechos del niño a lo largo y ancho de sus tres párrafos.

(46) Ver, sobre el particular, DÍAZ BARRADO, C.M., y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «La protección del niño en el ámbito europeo (Derecho europeo y ordenamiento jurídico español)», F. M. MARIÑO MENÉNDEZ y C.R. FERNÁNDEZ LIESA (coord.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 187-234, esp. pp. 206 y 209.

sobre la promoción y la protección de los derechos del niño, aprobadas por el Consejo el 10 de diciembre de 2007, en las que se propone utilizar una serie de instrumentos operativos para conseguir sus objetivos y la realización de acciones generales y específicas<sup>(47)</sup>.

¿Y los niños en situación irregular? Se les suele encuadrar entre los «niños sin papeles», los «menores sin hogar, menores que viven en la calle y menores sin estatuto oficial», «menores pertenecientes a grupos étnicos minoritarios y a familias inmigrantes» o calificar como «menores no acompañados»<sup>(48)</sup> y, como tales, se hallan protegidos por las normas que protegen los derechos del niño. Ahora bien, la Comisión adoptó en 2010 un plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)<sup>(49)</sup> con la finalidad de crear un enfoque común europeo para garantizar que las autoridades competentes tomen una decisión sobre el futuro de cada menor no acompañado tan pronto como sea posible, preferentemente en un periodo de seis meses; toda decisión que afecte al futuro de un menor debe ser atendida prestando la máxima atención a los intereses superiores del menor, independientemente de su condición de migrante. Para proteger los derechos de los niños son fundamentales dos principios legales: la no discriminación y el interés superior del menor. Ambos principios aparecen claramente descritos en la convención sobre los derechos del niño<sup>(50)</sup>, recogidos en la CDFUE<sup>(51)</sup> y en normas institucionales de la UE. Algunas de estas últimas prevén

---

(47) Dentro de los primeros destaca el diálogo político en el marco de los debates y negociaciones celebradas en organizaciones internacionales o la cooperación bilateral o multilateral. Dentro de las segundas, el animar a terceros a adherirse a instrumentos internacionales pertinentes u ofrecer más recursos para la promoción y la protección de los derechos del niño. Y, en fin, dentro de las terceras, se trata de acciones centradas en ámbitos específicos como es el caso de la lucha contra todas las formas de violencia contra los niños. *Cfr. EU Guidelines for the Promotion and Protection of the Rights of the Child*, en <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.07.pdf>>.

(48) Cabe recordar que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en su observación general núm. 6 de 2005 (sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen) entiende por tales «los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad». Por su parte, la resolución del Consejo de la UE de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, los conceptúa como menores de dieciocho años, nacionales de terceros países o apátridas, que llegan al territorio de los Estados miembros de la UE sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable, así como a aquellos menores a los que se dejen solos tras su entrada en los Estados miembros. Ha influido en los contenidos jurídicos de directivas como la 2001/55/CE (al tratar los menores no acompañados objeto de una medida de protección temporal), la 2003/9/CE (acogida de solicitantes de asilo), la 2003/86/CE (derecho a reunirse con sus padres), la 2005/85/CE (que soliciten asilo en frontera) y la 2008/115/CE (tratamiento especial a los niños). Desde un punto de vista cuantitativo, pueden consultarse algunas cifras en CLOCHARD, O., «Mineurs étrangers isolés en Europe: migrants clandestins ou enfants en danger?», *Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires*, Armand Colin, París, 2009, pp. 126-129, esp. p. 126. Además, la Red Europea de Migración (REM) ha elaborado un estudio comparativo de la UE sobre menores no acompañados. El Informe de Síntesis de la REM, así como los 22 informes nacionales en los que se basa, se pueden consultar en: <<http://emn.sarenet.es/Downloads/prepareShowFiles.do?directoryID=115>>.

(49) COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*, Bruselas, 6.5.2010, COM (2010)213 final. Este plan de acción apuesta por establecer un enfoque común y coordinado para hacer frente a un reto que va a ir en aumento en los años venideros. Defiende como absolutamente crucial que todos los Estados miembros se comprometan a aplicar unas normas rigurosas en materia de recepción, protección e integración de los menores no acompañados. Y, en fin, entre otras cosas sostiene que el principio del interés superior del menor debe constituir siempre la base de cualquier actuación.

(50) *Cfr. CHUECA SANCHO, A.G.*, «Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, noviembre de 2003, pp. 303-308.

(51) En concreto en su art. 24.2, donde expresa que «en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial».

disposiciones específicas en las que se alude a su alojamiento, su representación legal, su acceso a la educación, su asistencia sanitaria, la reunificación familiar, y ciertas garantías procesales.

### 2. Inmigración ilegal y trata de seres humanos

El TFUE regula la política común de inmigración con el propósito de «garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas»<sup>(52)</sup>.

Las instituciones que tienen asignadas las oportunas competencias para adoptar las necesarias normas de derecho derivado que concreten y desarrollen esta política son el Parlamento europeo y el Consejo. Ambas, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, están facultadas para legislar en una serie de esferas, entre las que cabe resaltar la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal, así como la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños<sup>(53)</sup>. En su consecuencia, cabe reconocer que, en esta materia concreta, se aplica el procedimiento legislativo más extendido y utilizado a lo largo del articulado del tratado y el que menos déficit democrático acarrea, dado que propicia la participación del Parlamento al máximo nivel o, por lo menos, al mismo nivel que el que se asigna al Consejo de la Unión. Además, y desde otro ángulo, se puede valorar positivamente el hecho de que ayude a acabar con los reiterados bloqueos de propuestas a que podía dar lugar en tiempos pretéritos la aplicación práctica del principio de unanimidad en el proceso de la toma de decisiones en este tipo de materias.

En otro orden de cosas, se reglamenta la posibilidad de que la UE pueda «celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros»<sup>(54)</sup>. Se ha institucionalizado de este modo uno de los mecanismos que, con mayor frecuencia y con un éxito francamente dispar, ya vienen utilizando profusamente los Estados miembros y, en menor medida, la UE. Muy sucintamente puede afirmarse que consiste en una expulsión regularizada o encauzada de un inmigrante en situación irregular gracias a un acuerdo bilateral en el que la contraparte está obligada a volver a admitir en su territorio a sus propios nacionales que lleguen o residan de forma irregular en el territorio de la UE<sup>(55)</sup>.

---

(52) De acuerdo con el art. 79.1 del TFUE.

(53) Tal y como prescribe el art. 79.2 del mismo instrumento internacional.

(54) Según su art. 79.3.

(55) A medida que pasa el tiempo la UE va negociando un mayor número de acuerdos de readmisión. Sin ánimo de exhaustividad, ha firmado acuerdos con Macao y Hong Kong, con Pakistán, varios países de Europa Oriental (República de Moldavia, Ucrania, o Georgia), con Rusia, con los países de los Balcanes Occidentales (como Albania, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, la República de Montenegro, la República de Serbia y Bosnia y Herzegovina), con Sri Lanka, Pakistán, etc. Entre la literatura española más utilizada para profundizar en sus contenidos valorativos puede destacarse: ARENAS HIDALGO, N., «Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en

Encuentran su fundamento jurídico en la norma de derecho internacional consuetudinario que establece que cada Estado debe readmitir a sus propios nacionales.

Así las cosas, cabe reconocer que la aplicación concreta de las medidas europeas contra la inmigración irregular y contra la trata de seres humanos acompañadas con la debida protección de los derechos humanos de quienes se hallen en situación irregular depende, en último término, de la efectiva voluntad de los Estados miembros, que suele ser variable y bastante asimétrica, dependiendo, en muchos casos, de la aplicación práctica de las normas del derecho interno de que se trate y de la incorporación o no en el tiempo prescrito<sup>(56)</sup> y con el contenido previsto de los actos normativos que hayan sido previamente adoptados por las instituciones europeas competentes en esta materia.

### III. EL DERECHO DERIVADO

Las normas europeas de derecho derivado actualmente vigentes que han adoptado las instituciones de la UE para luchar contra la inmigración ilegal son una realidad, más o menos evolutiva, que, aunque se haya hecho más patente en estos últimos años, data ya desde hace aproximadamente una docena de años, habida cuenta de la Directiva 2001/40/CE sobre el reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países<sup>(57)</sup> y de la Directiva 2001/51/CE que impone sanciones a los transportistas<sup>(58)</sup>.

La realidad de las cosas muestra hoy a las claras que existe un amplio abanico de normas europeas cuyo dictado ha perseguido reducir las situaciones de irregularidad a las que se ven arrastrados, por diversas circunstancias, ciudadanos de terceros Estados. Ahora bien, su particular aplicación práctica al caso concreto en el correspondiente Estado miembro ¿ha sabido conjugar o conciliar el establecer filtros u obstáculos a la inmigración ilegal con la preservación de derechos de quienes se hallen en situación irregular en Europa? Para tratar de responder a este interrogante, merece la pena indagar en las fortalezas y debilidades que ofrece el vigente amplio abanico de normas, fundamentalmente directivas por ser las normas más utilizadas por las instituciones europeas que, por una parte, permiten

---

situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 43, 2010, pp. 53-90. ASÍN CABRERA, M.A., «Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, pp. 165-188. JANER TORRENS, J.D., «Política común de inmigración y acuerdos de readmisión», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 28, núm. 5, 2001, pp. 29-35.

(56) Puede recordarse, a este respecto, la existencia de una jurisprudencia en la que, tras el correspondiente recurso de incumplimiento planteado por la Comisión europea, el TJUE ha declarado que un determinado Estado miembro no ha traspuesto una directiva en el plazo que en ella se había determinado. Buen botón de muestra es la sentencia del tribunal de justicia (Sala Sexta) de 21 de julio de 2005 as. C-449/04, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo*, en la que declaró que Luxemburgo había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada directiva.

(57) Vid. *supra*.

(58) Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se complementan las disposiciones del art. 26 del Convenio de Dublín relativo a la aplicación del Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985 (DO L 187 de 10-07-2001, pp. 45-46).

que los gobiernos estatales puedan ejercer su soberanía nacional y, por otra, consensúan un mínimo común denominador en el que se armonizan las legislaciones de los Estados miembros<sup>(59)</sup>. Las más destacadas pueden ser aglutinadas en torno a los siguientes temas de interés: las sanciones a los transportistas, las sanciones a los empleadores, el tráfico y la trata de seres humanos, el intercambio de información y de datos y la expulsión, el alojamiento y el retorno.

### 1. Sanciones a los transportistas

La Directiva 2001/51/CE establece que los Estados miembros cuenten obligatoriamente con un sistema en el que se determine los deberes que tienen los transportistas con respecto a quienes, estando en una situación irregular, trasladen al territorio de la UE y, en caso de incumplimiento, las correspondientes sanciones a aplicar. En concreto, entre sus deberes merece la pena resaltar que tienen que comprobar que estos ciudadanos disponen de un documento de viaje o, en su caso, de un visado; si no disponen de ellos tienen que devolverlos al país de embarque y correr con los costes que entrañe esa devolución<sup>(60)</sup>.

Con esta norma jurídica, se quiso armonizar hasta donde fuera posible aquellas sanciones económicas que establezcan los Estados miembros para los transportistas que incumplan las obligaciones de control que deben cumplir<sup>(61)</sup>. También pueden aplicar otro tipo de sanciones, como, puede ser, por ejemplo, la confiscación del vehículo, de la nave o de la aeronave, o, incluso, la suspensión temporal o la retirada de la autorización de explotación. En definitiva, recoge un acuerdo estatal de mínimos, en la medida en que pueden además dictarse otras medidas que impliquen sanciones de otro tipo como la inmovilización, la incautación y el decomiso del medio de transporte, o la suspensión provisional o la retirada de la autorización de explotación<sup>(62)</sup>.

Con respecto a los derechos de los inmigrantes en situación irregular, más que plantear problemas con respecto a su entrada cuya autorización depende exclusivamente de las autoridades del Estado miembro afectado<sup>(63)</sup>, en la práctica podrían verse vulnerados desde la óptica de su expulsión. Para tratar de evitarlos la propia directiva señala que «conviene adoptar las decisiones relativas a la expulsión de nacionales de terceros países en el respe-

---

(59) Esto supone que, por falta de espacio, y por la delimitación del ámbito de investigación así acotada no se entre a analizar la política de visados y el tema de las fronteras exteriores regulados por sendos reglamentos o los acuerdos de readmisión que ha venido celebrando la UE con terceros.

(60) Lo que ha llevado a escribir a MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES que impone obligaciones de corte cuasi policial a estas empresas de transporte. *Loc. cit. supra*, p. 100.

(61) Los Estados miembros deben prescribir sanciones disuasivas, efectivas y proporcionales, que, o bien su importe máximo no sea inferior a 5.000 euros, o bien su importe mínimo no sea inferior a 3.000 euros, o bien su importe máximo a tanto alzado para cada infracción no sea inferior a 500.000 euros.

(62) Aun así, «los Estados miembros velarán por que sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas prevean derechos de defensa y de recurso efectivos para los transportistas frente a los que se incoen procedimientos encaminados a imponer sanciones» (art. 6).

(63) Los solicitantes de asilo o de otra protección internacional estarían protegidos por las normas de la UE y por las normas estatales en sintonía con la convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. Y en fin, los motivos humanitarios y el interés nacional pueden también proteger los derechos que en su entrada tienen estos inmigrantes en sintonía con la norma estatal correspondiente.

to de los derechos fundamentales, tal como se garantizan en el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y en particular en sus arts. 3 y 8, en la convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y tal como resultan de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros<sup>(64)</sup>. Y en este ámbito, además de los necesarios procedimientos administrativos que sean respetuosos con los derechos de estas personas, deberían facilitárseles las necesarias garantías procesales como mecanismos permanentes para poder hacer restaurar aquellos de sus derechos que sean violentados.

## 2. Sanciones a los empleadores

La Directiva 2009/52/CE<sup>(65)</sup> tiene por objeto luchar contra la inmigración clandestina obstaculizando el efecto llamada que crea la posibilidad de trabajar<sup>(66)</sup>. Para ello obliga a los Estados miembros a prohibir a los empleadores que contraten residentes en situación irregular procedentes de terceros países<sup>(67)</sup>, estableciendo un conjunto de normas mínimas comunes en materia de sanciones económicas<sup>(68)</sup>, otras medidas<sup>(69)</sup>, y, en casos graves, sanciones penales<sup>(70)</sup>, que han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias contra los empleadores que se salten dicha prohibición. Los empleadores deben comunicar a las autoridades competentes la contratación de nacionales de terceros países y pagarlos la remuneración pendiente por el trabajo efectuado y abonar las cotizaciones sociales e impuestos debidos.

Los Estados miembros deben establecer una presunción de duración de la relación de trabajo de al menos tres meses, de modo que la carga de la prueba recaiga en el empleador por lo que respecta al menos a un determinado período. El trabajador también debe tener la oportunidad de probar la existencia y la duración de su relación laboral. Además de por la

---

(64) Párr. 4.º de la exposición de motivos.

(65) *Vid. supra*.

(66) Es sabido que «el empleo ilegal constituye un factor de atracción de la inmigración clandestina, ocasiona, al igual que el trabajo no declarado, pérdidas para la hacienda pública, puede conducir a una disminución de los sueldos y a una degradación de las condiciones laborales, puede falsear la competencia entre empresas y deja a los trabajadores no declarados sin seguro de enfermedad y sin derechos a pensión supeditados al pago de cotizaciones» *Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países*, Bruselas, 16/5/2007, COM(2007) 249 final, p. 2.

(67) De modo parecido, para algunos, viene a sancionar a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países contratados en condiciones de desigualdad en relación con los nacionales, explotando el carácter irregular de su estancia. LEÓN VILLALBA, F.-J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 277.

(68) Incluido el pago de los gastos de repatriación de nacionales de terceros países empleados ilegalmente.

(69) Tales como la prohibición de recibir ayudas públicas, la exclusión de la participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos durante un período máximo de cinco años, la devolución de las prestaciones concedidas hasta en los doce meses anteriores a la comprobación del empleo ilegal, el cierre provisional o definitivo de la empresa.

(70) Cuando el empresario repita la infracción, contrate a un número significativo de residentes ilegales nacionales de terceros países, haga trabajar a dichos nacionales de terceros países en condiciones especialmente abusivas, a víctimas de trata de seres humanos o emplee ilegalmente a menores de edad.

labor de los servicios de inspección estatales, el empleo ilegal<sup>(71)</sup> puede conocerse mediante la denuncia de los propios inmigrantes y de terceros, como, por ejemplo, los sindicatos.

Es verdad que en materia de derechos de los inmigrantes en situación irregular establece la prohibición de que puedan adquirir un derecho de entrada, estancia y acceso al mercado laboral por el hecho de haber mantenido una relación laboral ilegal o por haber recibido el pago de salarios o atrasos, contribuciones a la seguridad social o impuestos por parte del empleador o de una persona jurídica que deba pagarle en lugar del empleador<sup>(72)</sup>. Lo cual parece lógico al menos por dos razones: para evitar el efecto llamada y para fomentar el negocio de los empleadores fraudulentos. Ahora bien, también incluye una lógica excepción a la prohibición general de emplear a inmigrantes en situación irregular, puesto que pueden introducir los Estados miembros el derecho al empleo si su expulsión ha sido aplazada y tienen derecho a trabajar de conformidad con el derecho nacional<sup>(73)</sup>. Con estos tiras y aflojas permite, desde una crítica realista, un amplio margen de maniobra a los Estados miembros que en su buen hacer pueden llegar a cometer arbitrariedades comparativamente entre casos concretos semejantes y entre casos planteados en diversos Estados miembros.

Por lo demás, y desde una perspectiva general, dogmática y abstracta, se trata de una directiva que defiende que se respeten los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como los principios reconocidos, en particular, en el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y la CDFUE. En concreto, debe aplicarse respetando la libertad de empresa, los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, y los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16, 20, 21, 47 y 49 de la CDFUE<sup>(74)</sup>. Más concretos y operativos parecen, de un lado, el derecho a ser informados sistemática y objetivamente de sus derechos antes de la ejecución de cualquier decisión de retorno<sup>(75)</sup>; y de otro, el derecho a la aplicación de normas estatales que les sean más favorables siempre que sean compatibles con la directiva<sup>(76)</sup>. Desde una óptica positiva podría verse como un acto institucional europeo que castiga el «emplear» a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual<sup>(77)</sup>.

### 3. Tráfico y trata de seres humanos

El tráfico y la trata de seres humanos constituyen un atentado flagrante contra los derechos humanos de las víctimas y vulnera las prescripciones de instrumentos internacionales y de normas europeas tales como la CDFUE y algunos actos de derecho derivado en los que se incide a continuación.

---

(71) Definido como la contratación de un nacional de un tercer país en situación irregular, según su art. 2.d).

(72) Tal y como apunta el párr. 15 de su exposición de motivos.

(73) De conformidad con su art. 3.3.

(74) Según el párr. 27 de su exposición de motivos.

(75) Art. 6.2.

(76) En una interpretación del contenido jurídico de su art. 15.

(77) Este parece ser la opinión de LEÓN VILLALBA, F.-J., *loc. cit.*, p. 287.

A) *Ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*

La Directiva 2002/90/CE define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares<sup>(78)</sup> y tiene por objeto luchar contra la ayuda a la inmigración clandestina, ya tenga lugar con el cruce irregular de fronteras o ya se preste para sostener las redes de explotación de seres humanos. Obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones adecuadas contra cualquier persona que ayude, con o sin ánimo de lucro, a nacionales de terceros Estados a entrar en el territorio de la UE o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación de un Estado miembro sobre la entrada o el tránsito de extranjeros<sup>(79)</sup>. No se limita a los autores, sino que abarca también a los instigadores, cómplices y otros participantes, incluyendo la simple tentativa<sup>(80)</sup>. En opinión de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, esta regulación constituye una «absoluta inmoralidad» por la mera posibilidad que ofrece a los Estados de poder sancionar conductas tan dispares con el mismo tipo de sanciones<sup>(81)</sup>. Desde una perspectiva más positiva, debe resaltarse el hecho de que permite a los Estados miembros decidir no imponer sanciones a quienes ayuden a entrar o a transitar a un inmigrante irregular con la finalidad de prestarle ayuda humanitaria<sup>(82)</sup>.

Y hablando de sanciones, al igual que sucede con el contenido dispositivo de otras directivas, los Estados miembros han de adoptar aquellas medidas que sean necesarias para que se impongan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las infracciones que se comentan. En este particular contenido fue complementada mediante la Decisión Marco 2002/946/JAI<sup>(83)</sup>, que determinaba las infracciones para las cuales los Estados miembros debían adoptar sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias<sup>(84)</sup>, que podían

---

(78) Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328 de 5-12-2002).

(79) Según su art. 1, a) y b).

(80) *Cfr.* art. 2, a), b) y c).

(81) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Derecho comunitario de la inmigración*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 258.

(82) Que según A. OLESTI se debe «al deseo de algunos Estados miembros de respetar las actividades de las organizaciones humanitarias que prestan ayuda desinteresada a los inmigrantes en situación irregular». OLESTI RAYO, A., «La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea», M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, A. SALINAS DE FRÍAS (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 943-964, esp. p. 948.

(83) Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y estancia irregulares (DO L 328 de 5-12-2002).

(84) La abogada general Sra. Eleanor Sharpston opinaba en sus conclusiones, presentadas el 26 de marzo de 2012 con ocasión del as. C-83/12 PPU, *Minh Khoa Vo*, que todo Estado miembro tiene la obligación de sancionar la ayuda a la inmigración ilegal de nacionales de países terceros que entren en su territorio y permanezcan en él vulnerando su legislación sobre entrada y estancia de extranjeros. El carácter irregular de la entrada y de la estancia de los extranjeros se determina con arreglo al derecho nacional que debe ajustarse a la normativa de la UE aplicable en la materia. ¿Puede decirse que la Directiva 2002/90 y la Decisión Marco 2002/946 impiden que en un proceso penal se considere acreditado el carácter irregular de la entrada y de la estancia de unos extranjeros si no existe una decisión de anulación de sus visados? No. Ni la Directiva 2002/90 ni la Decisión Marco 2002/946 pretenden aproximar el derecho penal de los Estados miembros en materia de prueba. El derecho de la Unión no impide que el derecho penal de un Estado miembro permita que la calificación jurídica de la obtención fraudulenta de un visado se base en un conjunto de pruebas de las que no forme parte la adopción de una decisión administrativa previa por la que se anule el visado de que se trata. Naturalmente el juez penal no puede aplicar el derecho nacional de un modo que ponga en peligro los objetivos de la Unión, ni de un modo que vulnere los derechos fundamentales que el derecho de la Unión reconoce a los acusados en los procesos penales (apdos. 67-72).

complementarse con otras medidas<sup>(85)</sup>, que, a la postre, ha sido sustituida por la Directiva 2011/36/UE<sup>(86)</sup>.

Aunque en su aplicación práctica no parece que, en base a esta norma, hayan planteado los órganos jurisdiccionales cuestiones prejudiciales para que el TJUE interprete o valore sus disposiciones y en qué medida pueden o no afectar al disfrute de derechos, lo cierto es que la Comisión ha ganado algunos recursos por el incumplimiento de algunos Estados miembros que no han incorporado sus contenidos normativos a su respectivo derecho interno en el plazo que se había estipulado<sup>(87)</sup>. Si ha habido particulares afectados, no parecen haber invocado el efecto directo de sus preceptos siempre que les otorguen derechos de forma clara, precisa e incondicional frente a las administraciones públicas.

### *B) Prevención y lucha contra la trata de seres humanos*

La Directiva 2011/36/UE tiene como principal propósito el establecer normas mínimas para definir las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos, teniendo presente la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas. Su ámbito de aplicación material es amplio en la medida en que considera punibles la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia del control sobre estas personas con fines de explotación. En la explotación incluye como mínimo la explotación de la prostitución u otras formas de explotación sexual, así como el trabajo o los servicios forzados (incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos)<sup>(88)</sup>.

En relación con las sanciones, determina que se castiguen las infracciones con penas privativas de libertad de una duración de al menos cinco años y de al menos diez años cuando se constate que la infracción se ha cometido contra una víctima particularmente vulnerable, poniendo en peligro la vida de la víctima o empleando violencia grave o se cause a la víctima daños particularmente graves. Apuesta por que las penas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que puedan dar lugar a entrega<sup>(89)</sup>.

En lo que concierne a los derechos de las víctimas de la trata, esta directiva afirma, desde un plano general y abstracto, respetar los derechos humanos y observar principios consagrados en la CDFUE tales como la dignidad humana, la prohibición de la esclavitud, del trabajo forzoso y de la trata de seres humanos, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, los derechos del niño, el derecho a la libertad y a

---

(85) Como el decomiso del medio de transporte utilizado, la prohibición de ejercer la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción y la expulsión.

(86) Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, publicada en el DO L 101 de 15-5-2011.

(87) El plazo para adaptar el derecho interno a la directiva expiró el 5 de diciembre de 2004. Se produjo incumplimiento por parte de la RFA en el as. C-485/06 o del Gran Ducado de Luxemburgo en el as. C-48/06.

(88) *Cf.* art. 2, 1.

(89) *Vid.* su art. 4.

la seguridad, la libertad de expresión y de información, la protección de datos de carácter personal, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, y los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas<sup>(90)</sup>.

Desde una perspectiva más concreta, rechaza el consentimiento de las víctimas para su explotación<sup>(91)</sup>, siendo irrelevante si se han utilizado o no amenazas u otras formas de coacción como el rapto, el fraude, la astucia, el abuso de autoridad o una posición de vulnerabilidad o entrega de pagos o beneficios<sup>(92)</sup>. Obliga a los Estados miembros a prestar asistencia y apoyo a las víctimas antes, durante y después del proceso penal para que puedan ejercer los derechos que se les reconoce; lo cual debe garantizarse con independencia de que la víctima colabore denunciando a los traficantes, cooperando en la investigación criminal o en la acción penal. Su recepción no debe ser impuesta ni obligatoria para las víctimas, puesto que éstas deben prestar su acuerdo, incluyéndose, en ellas, al menos un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia mediante medidas como, por ejemplo, la prestación de un alojamiento apropiado y seguro, la asistencia médica necesario, incluida la psicológica, el asesoramiento y la información así como, cuando proceda, servicios de traducción e interpretación<sup>(93)</sup>. Otros derechos que se reconocen a las víctimas de trata son el acceso inmediato al asesoramiento jurídico y a la representación legal, los cuales serán gratuitos cuando no tengan suficientes recursos económicos<sup>(94)</sup>, así como a una indemnización por sufrir delitos violentos cometidos intencionadamente<sup>(95)</sup>.

En coherencia con otras normas de la UE, prevé un trato especial y diferenciado para aquellas víctimas que sean menores<sup>(96)</sup> por su situación de vulnerabilidad particular y en base al interés superior del menor<sup>(97)</sup> que ha de inspirar todas las actuaciones de asistencia, apoyo y protección. Así, deben tenerse debidamente en cuenta sus circunstancias personales, sobre todo si son menores no acompañados, y hallar soluciones duraderas<sup>(98)</sup> basadas en una evaluación individual del interés superior del menor, que debe ser la consideración primordial. Otros derechos reconocidos radican en su acceso al sistema educativo<sup>(99)</sup>, a las debidas garantías procesales<sup>(100)</sup>, a medidas de acogida adecuadas a sus

---

(90) De acuerdo con el párrafo 33 de la exposición de motivos.

(91) Habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de un menor, el posible consentimiento no debe considerarse válido (párr. 11, exposición de motivos).

(92) *Cfr.* art. 2, 4.

(93) Art. 11.5.

(94) Art. 12.2.

(95) De acuerdo con los regímenes existentes.

(96) Se entenderá por «menor» cualquier persona menor de dieciocho años (art. 2.6).

(97) Especialmente de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 13.1, 14.2 y 16.2 y con la CDFUE y con la convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño.

(98) De acuerdo con el art. 16.2. En la exposición de motivos se apuesta por la siguiente alternativa: el retorno y la reintegración al país de origen o al país de retorno, o la integración en la sociedad de acogida con la concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al derecho nacional del Estado miembro (párr. 23).

(99) Según el párr. 22 de la exposición de motivos y el art. 14.1.

(100) Significa, entre otras cosas, que deben ser protegidos durante los interrogatorios que se lleven a cabo (*vid. in extenso* el art. 15.3 y 4) y actuaciones judiciales en las que tienen cabida la audiencia a puerta cerrada y el uso de nuevas tecnologías para que se comunique adecuadamente (art. 15.5).

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

---

necesidades<sup>(101)</sup>, a disponer de un representante o tutor para que proteja sus intereses<sup>(102)</sup>, y el acceso inmediato al asesoramiento jurídico gratuito y a la representación legal gratuita salvo que dispongan de recursos económicos suficientes<sup>(103)</sup>.

En resumidas cuentas, podría coincidirse con K. GROMEK-BROC que se trata de una norma que impulsa la perspectiva de los derechos humanos, lo que se vislumbra en particular en sus disposiciones sobre la asistencia y apoyo a las víctimas y porque protege a los grupos vulnerables, considerando especialmente los derechos de los niños<sup>(104)</sup>.

### C) *Concesión de permiso de residencia a nacionales de terceros que cooperen en la lucha contra la trata o la inmigración ilegal*

La Directiva 2004/81/CE tiene por objeto definir las condiciones para la concesión de un permiso de residencia de duración limitada para aquellos nacionales de terceros que cooperen con las autoridades estatales competentes en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la ayuda a la inmigración ilegal<sup>(105)</sup>. Con ello se pretende proporcionarles una protección adecuada y facilitarles una vida desvinculada de la explotación como inmigrantes en situación irregular o como víctimas de trata.

Es una norma jurídica que complementa a otras<sup>(106)</sup> y presenta una aplicación de carácter subsidiario en la medida en que no condiciona a otras normas europeas, internacionales o, incluso, estatales que beneficien especialmente a algunos colectivos, tales como los refugiados, los beneficiarios de una protección subsidiaria o internacional o las personas especialmente vulnerables.

En lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, afirma respetarlos y observar los principios reconocidos en la CDFUE<sup>(107)</sup>; apuesta por su aplicación sin discriminación<sup>(108)</sup>; reconoce el derecho de información de los nacionales de terceros países interesados<sup>(109)</sup>,

---

(101) Párr. 23.

(102) Párr. 23 y 16.3 y 4.

(103) Art. 15.2.

(104) *Vid.* GROMEK-BROC, K., «EU Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: will it be effective?», *Nova et Vetera. Migración y trata de personas*, vol. 20, núm. 64, 2011, pp. 227-238, p. 236.

(105) Así se deduce del art. 1 de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DO L 261, 6-8-2004).

(106) Como, por ejemplo, las dos directivas analizadas con anterioridad en este apartado.

(107) En su párr. 6 de la exposición de motivos.

(108) Por una pluralidad de motivos: por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual (párr. 7 de la exposición de motivos).

(109) Según el art. 5. En la práctica se han detectado incumplimientos por parte de algunos Estados miembros. Unos, porque su legislación puede resultar problemática dado que no especifica a qué autoridad incumbe esta obligación, ni tampoco el contenido y la forma de la información (RO). Otros porque hay indicios de que en determinadas ocasiones se han planteado dificultades de orden práctico como, p.e., la identificación insatisfactoria de la víctima (EE, EL, NL, PL). *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la apli-*

el de disponer de un período de reflexión<sup>(110)</sup>, su protección contra la ejecución de órdenes de expulsión<sup>(111)</sup>, el de disfrutar de un nivel de vida que garantice sus subsistencia, el acceso al tratamiento médico de urgencia, el disponer si procede de servicios de traducción e interpretación, la asistencia jurídica gratuita en las condiciones establecidas en el derecho estatal<sup>(112)</sup>, el derecho a acceder al mercado de trabajo, a la formación profesional y a la educación una vez obtenido el permiso, así como la posibilidad de acceder a los programas o planes que ofrezcan los Estados miembros o las ONG para recuperar su vida social normal<sup>(113)</sup>.

Algunos de los derechos de los más vulnerables encuentran en esta directiva una especial protección<sup>(114)</sup>. En efecto, las necesidades especiales y la asistencia médica deben garantizarse entre quienes no tienen recursos, las mujeres embarazadas, los discapacitados y las víctimas de violaciones u otras formas de violencia<sup>(115)</sup>. Al igual que en otras directivas, el interés superior debe ser tenido en cuenta en el trato dispensado a los menores de edad, quienes tienen derecho de acceso al sistema de enseñanza, derecho a que se les garantice su representación jurídica y a encontrar cuanto antes a su familia<sup>(116)</sup>.

Es verdad que en su aplicación práctica se han producido algunos incumplimientos por parte de algunos Estados miembros tal y como ha dictaminado el TJUE<sup>(117)</sup> y también se ha constatado por la Comisión que «su impacto resulta ser insuficiente habida cuenta de los datos globales de víctimas de la trata en la UE. Mientras que las víctimas identificadas en algunos Estados miembros se cifran en varios centenares o incluso superan las dos mil personas al año, el número de permisos de residencia concedidos sobre la base de la directiva raramente supera la veintena al año<sup>(118)</sup>». En su consecuencia los hechos han dado la razón

---

*cación de la directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*, Bruselas, 15-10-2010, COM (2010) 493 final, p. 4.

(110) El nacional de un país tercero interesado dispondrá de un período de reflexión que le permita restablecerse y escapar a la influencia de los autores de la infracción (art. 6.1). Ahora bien, existen diferencias jurídicas y prácticas en la aplicación del mismo por parte de los Estados miembros. *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe...*, p. 4.

(111) De acuerdo con su art. 6.2 queda prohibida la ejecución de órdenes de expulsión durante el período de reflexión, algo que parece haberse respetado por una amplia mayoría de Estados miembros. *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe...*, p. 5.

(112) De acuerdo con el art. 7, que regula el trato dispensado antes de la expedición del permiso de residencia. También en este punto, las soluciones prácticas que vienen aplicando los Estados son bien diferentes. *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe...*, pp. 6-8.

(113) Tal y como se infiere de los arts. 11.1 y 12.1. Aunque sea con condiciones como es el caso de Malta, los Estados miembros han respetado este derecho de acceso al mercado laboral, con la excepción de Rumanía. COMISIÓN EUROPEA, *Informe...*, p. 9.

(114) *Vid.* el art. 7.1.

(115) Según su art. 9.2. Las diferencias estatales en su aplicación han sido puestas de manifiesto en lo que respecta a la asistencia psicológica. COMISIÓN EUROPEA, *Informe...*, p. 7.

(116) En sintonía con el art. 10. La aplicación efectiva del principio del interés superior plantea algunos problemas, y, según qué Estados, la normativa que garantiza estos derechos es muy dispar o incluso inexistente. COMISIÓN EUROPEA, *Informe...*, pp. 7-8.

(117) Como sucedió con España en la sentencia del tribunal de justicia (sala sexta) de 14 de mayo de 2009, as. C-226/08, *Comisión c. España* al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad.

(118) COMISIÓN EUROPEA, *loc. cit.*, p. 11.

a Pablo Antonio FERNÁNDEZ cuando en una crítica perspicaz de su contenido jurídico le parecía una barbaridad el hecho de que el permiso que se otorga sea temporal y que quede finalizado cuando así se disponga por la autoridad estatal competente, lo que no ayuda mucho a que las víctimas denuncien a los traficantes, puesto que se encontrarán otra vez en una situación de irregularidad<sup>(119)</sup>.

#### 4. Intercambio de información y de datos

La Directiva 2004/82/CE<sup>(120)</sup> tiene por objeto mejorar los controles fronterizos y combatir la inmigración ilegal<sup>(121)</sup> mediante la comunicación previa de los datos de las personas transportadas a las autoridades nacionales competentes por parte los transportistas<sup>(122)</sup>. En concreto, el número y el tipo de documento de viaje utilizado, la nacionalidad, el nombre y apellidos, la fecha de nacimiento, el paso fronterizo de entrada en el territorio de los Estados miembros, el código de transporte, la hora de salida y de llegada del transporte, el número total de personas transportadas por ese medio de transporte y el lugar inicial de embarque<sup>(123)</sup>. Las autoridades estatales deben borrar estos datos dentro de las 24 horas después de su envío, en cuanto los pasajeros hayan entrado en el territorio de los Estados miembros. Por su parte el transportista borrará los datos personales 24 horas después de la llegada del transporte<sup>(124)</sup>.

En caso de que los transportistas no hubieran facilitado la información completa, los Estados miembros deben imponerles sanciones económicas disuasivas, efectivas y proporcionadas cuyo importe máximo será, al menos, de 5.000 euros por viaje y el mínimo de, al menos, 3.000 euros por viaje. Lo que no impide otro tipo de sanciones en caso de vulneración grave de la obligación, como, por ejemplo, la suspensión temporal e, incluso, la retirada de la autorización de explotación concedida al transportista prohibición temporal de servicios de transporte, y la inmovilización o confiscación de aeronaves.

Con respecto a la garantía de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de los inmigrantes en situación irregular podría suceder que, por una parte, desconozcan que sus datos personales se analizan con antelación por las empresas de transporte aéreo; por otra, que las autoridades estatales pueden utilizarlos a efectos policiales<sup>(125)</sup>, y, en fin,

---

(119) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., «El control de la inmigración ilegal en las fronteras de la Unión Europea», *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, coord. por Ángel Gregorio CHUECA SANCHO, Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO, Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Huygens, Fundación Tres Culturas del Mediterráneo, Barcelona, 2009, pp. 165-196, esp. p. 188.

(120) Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DO L 261 de 6-8-2004).

(121) Sorprende, por original, el parecer de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ cuando duda de que la preocupación del Consejo con esta norma sea la de la inmigración ilegal. A su entender es una prueba irrefutable de que se trata más bien de elementos de seguridad para la lucha contra el terrorismo, porque la inmigración cuando proviene por vía aérea no llega como ilegal, aunque luego se convierta en ilegal. *Loc. cit. supra*, p. 285.

(122) *Cfr.* art. 1.

(123) *Cfr.* art. 3.2.

(124) Art. 6.

(125) Los Estados miembros podrán utilizar asimismo a efectos policiales, con arreglo a su legislación nacional y respetando las disposiciones sobre protección de datos de la directiva 95/46/CE, los datos personales contemplados en el apdo. 1 del art. 3 (art. 6.1).

por otra, que en casos muy determinados pudiera vulnerarse por parte de las autoridades estatales el derecho a la protección de sus datos de carácter personal en el sentido que se prescribe en la CDFUE<sup>(126)</sup>, en instrumentos jurídicos internacionales<sup>(127)</sup> e, incluso, en normas de derecho derivado europeas<sup>(128)</sup> y de derecho interno. Lo que parece posible es que algunos Estados miembros no han cumplido con algunas de las obligaciones que les imponía el articulado de esta norma jurídica<sup>(129)</sup>.

## 5. Expulsión, alejamiento y retorno

Mediante esta trilogía de figuras, las autoridades estatales competentes promueven y facilitan la salida de los inmigrantes que se hallen en situación irregular en su respectivo territorio. Y son tres las directivas en las que, a este respecto, merece la pena reflexionar sobre su contenido jurídico.

### A) *Reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión de nacionales de terceros*

La Directiva 2001/40/CE establece<sup>(130)</sup> una serie de medidas comunes que permitan el reconocimiento de la decisión de expulsión que adopte un Estado miembro (Estado miembro autor) contra un nacional de un tercer Estado que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro (Estado miembro de ejecución). La decisión de expulsión debe basarse en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacional o en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros. Como garantías de las personas que puedan resultar afectadas, dispone que ha de aplicarse respetando los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>(131)</sup> y que pueda ser objeto de recurso judicial con el que se controle si es acorde con la legalidad<sup>(132)</sup>. Y es precisamente en este tipo de garantías procesales donde radica la grandeza y la miseria que supone su concreta aplicación práctica. No debe olvidarse a este respecto que el principio subyacente de tal mecanismo es el de la confianza mutua, que se basa precisamente en la presunción de que,

---

(126) Además del art. 7 relativo al respeto de la vida privada y familiar, el art. 8 consagra específicamente la protección de los datos de carácter personal.

(127) Como el art. 8 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales o el propio convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

(128) Como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281 de 23-11-1995).

(129) El plazo para la adaptación del derecho interno expiró el 5 de septiembre de 2006, y que se sepa existe un recurso interpuesto, el 22 de junio de 2010, por la Comisión europea contra la República de Polonia (Asunto C-304/10) por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 7 al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la directiva y, en todo caso, al no habérselas comunicado a la Comisión.

(130) Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DO L 149 de 2-6-2001).

(131) Según su art. 3.2.

(132) De conformidad con el art. 4.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

a pesar de diferencias, la legislación de los Estados miembros tiene un nivel equivalente de salvaguardas y garantías judiciales<sup>(133)</sup>, lo que no es tan patente entre los operativos de los actuales 27 Estados miembros. En particular se ha escrito<sup>(134)</sup> que la indefensión del extranjero alcanza su estado máximo cuando el extranjero es detenido en territorio español y, a su vez, tiene una resolución de expulsión dictada por otro Estado miembro de la UE. En estos casos, según la directiva la expulsión podrá ser ejecutada de forma inmediata, independientemente del estatus administrativo que tenga el extranjero y sin necesidad de abrir otro expediente.

Los Estados miembros se comprometen a adoptar medidas que faciliten entre sí el intercambio de información y la cooperación eficaz<sup>(135)</sup>. Se trata de una norma jurídica cuya aplicación tiene lugar sin perjuicio del convenio de Dublín y los acuerdos de readmisión y que debe garantizar el derecho a la protección de datos de carácter personal y la seguridad de los datos conforme a las normas de derecho derivado europeo. Desde una perspectiva más general puede destacarse que apuesta por la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las decisiones sobre la expulsión de nacionales de terceros países «como se garantizan en el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y en particular en sus arts. 3 y 8, en la convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y tal como resultan de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros»<sup>(136)</sup>.

### B) Asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea

El principal propósito de la Directiva 2003/110/CE<sup>(137)</sup> radica en concretar las medidas de asistencia que pueden aplicarse entre las autoridades competentes de los aeropuertos de tránsito de los Estados miembros en relación con las repatriaciones o alejamientos con escolta o sin ella por vía aérea de nacionales de terceros países<sup>(138)</sup>. Para ello determina los mecanismos de colaboración que deben establecerse entre el Estado miembro requirente<sup>(139)</sup>

---

(133) Vid, BOUTEILLET-PAQUET, D., «Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States», *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, 2003, pp. 359-377, esp. p. 374.

(134) Este es el parecer de SILVEIRA GORSKI, H.C., «Estados expulsores y semipersonas en la Unión Europea», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 1, septiembre de 2011, pp. 1-21, esp. p. 11.

(135) Cooperación que ya queda puesta en tela de juicio desde el momento en que ha habido Estados miembros que no han cumplido con el plazo estipulado para su incorporación a su derecho interno. Buenos exponentes son la sentencia del tribunal de justicia (sala cuarta) de 8 de septiembre de 2005, as. C-462/04, *Comisión c. Italia* y sentencia del tribunal de justicia (sala cuarta) de 8 de septiembre de 2005, as. C-448/04, *Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo*.

(136) Según el apdo. 4 de su exposición de motivos.

(137) Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DO L 321 de 6-12-2003, pp. 26-31).

(138) Según el art. 1; además según el art. 2.a) se entiende por «nacional de un tercer país» cualquier persona que no sea nacional de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, de la República de Islandia o del Reino de Noruega.

(139) Definido como «el Estado miembro que ejecuta una orden de repatriación o alejamiento de un nacional de un tercer país y solicita el tránsito por el aeropuerto de otro Estado miembro» (art. 3.b).

que no puede utilizar un vuelo directo al país de destino y el Estado miembro requerido o Estado miembro de tránsito<sup>(140)</sup>: la solicitud por escrito por parte del primero, las posibles denegación y revocación por parte de las autoridades del segundo, los plazos para comunicar las decisiones, los posibles acuerdos bilaterales o multilaterales, los plazos para ejecutar la operación de tránsito, el contenido de las medidas de asistencia<sup>(141)</sup>, los gastos que se ocasionen...

Es una norma europea que, en su aplicación, debe respetar los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en particular la convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, en la versión modificada del protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>(142)</sup>, los convenios internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales, y los convenios internacionales relativos a la extradición de personas. En particular, y en sintonía con los compromisos internacionales adquiridos, nunca se solicitará ni se concederá el tránsito por vía aérea si en el tercer país de destino o de tránsito el nacional de un tercer país se enfrenta a tratos inhumanos o degradantes, tortura o pena de muerte, o su vida o su libertad se ven amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas<sup>(143)</sup>. Desde un plano práctico, los puntos débiles de esta regulación en los cuales deberá prestarse más atención radican en el cumplimiento de la obligación estatal de readmitir al nacional del tercer país en las circunstancias prescritas<sup>(144)</sup> y en la actuación razonable y proporcionada por parte del personal de escolta para responder a un riesgo inminente y grave y evitar que el nacional de un tercer país huya, se lesione o lesione a terceros o cause daño<sup>(145)</sup>. Probablemente una de sus más grandes debilidades sea que el grado de discrecionalidad técnica al que puede dar lugar por parte de las diversas autoridades estatales parece incontestable según el caso concreto<sup>(146)</sup>.

---

(140) Esto es, «el Estado miembro por cuyo aeropuerto ha de realizarse el tránsito» (art. 3.c).

(141) Se trata, en particular, de las medidas de asistencia siguientes: a) la recogida a la salida del avión del nacional de un tercer país y su acompañamiento en el recinto del aeropuerto de tránsito, en particular hacia el vuelo de enlace; b) la asistencia médica de urgencia al nacional de un tercer país y, en su caso, al personal de escolta; c) la manutención del nacional de un tercer país y, en su caso, del personal de escolta; d) la recepción, custodia y transmisión de documentos de viaje, en particular en los casos de repatriación o alejamiento sin escolta; e) en casos de tránsito sin escolta, la comunicación al Estado miembro requirente del lugar y la hora de salida del nacional de un tercer país fuera del territorio del Estado miembro de que se trate; f) informar al Estado miembro requirente de cualquier incidente grave que se produzca durante el tránsito del nacional de un tercer país.

(142) De acuerdo con el párr. 7 de su exposición de motivos y su art. 8.

(143) Según párr. 7 de su exposición de motivos.

(144) Que son: a) la autorización de tránsito por vía aérea haya sido denegada o retirada en virtud de los apartados 3 o 5 del art. 3; b) el nacional de un tercer país haya entrado sin autorización en el territorio del Estado miembro requerido durante el tránsito; c) la repatriación o alejamiento del nacional de un tercer país a otro país de tránsito o al país de destino, o su embarque a bordo del vuelo de enlace, haya quedado frustrado, o bien d) el tránsito por vía aérea no sea posible por otro motivo.

(145) En sintonía con los arts. 6 y 7.

(146) También aquí ha habido Estados miembros que no han incorporado en tiempo y forma su contenido jurídico. Basta recordar la sentencia del tribunal de justicia (sala octava) de 14 de febrero de 2008, as. C-58/07, *Comisión c. España*, la sentencia del tribunal de justicia (sala sexta) de 27 de septiembre de 2007, as. C-4/07, *Comisión c. República Portuguesa*, y la sentencia del tribunal de justicia (sala octava) de 8 de noviembre de 2007, as. C-3/07, *Comisión c. Bélgica*.

### C) *Directiva de retorno*

La Directiva 2008/115/CE<sup>(147)</sup> establece todo un conjunto de normas y procedimientos que deben cumplir los Estados miembros<sup>(148)</sup> en la ejecución del retorno de nacionales de terceros en situación irregular<sup>(149)</sup>, con excepciones tasadas<sup>(150)</sup>. Presenta una aplicación subsidiaria con respecto a las obligaciones que impone la convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951<sup>(151)</sup> y en lo que atañe a aquellas disposiciones que sean más favorables y que procedan de tratados internacionales, del acervo comunitario que rige la inmigración y el asilo, así como de los derechos estatales o internos que sean compatibles con su contenido jurídico<sup>(152)</sup>.

(147) Directiva 2008/115/CE, *cit. supra*.

(148) Se trata de una de las directivas a las que se dedica más literatura jurídica. AGUELO NAVARRO, P., y CHUECA SANCHO, A.-G., «Directiva de retorno, directiva de expulsión: (nota crítica avuelapluma desde los derechos humanos)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 18, 2008, p. 121-166. ARANGÜENA FANE-GO, C., «Garantías procesales en la Directiva de retorno», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 50, 2008, p. 73-91. CARLIER, J.-Y., «La “directive retour” et le respect des droits fondamentaux», *Revue d'Actualité Juridique*, mayo de 2008, pp. 13-21. FLAMAND, C., «La Directive Retour et la protection des droits fondamentaux», *Revue du Droit des Étrangers*, 2008, pp. 177-192. MOYA MALAPEIRA, D., «La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 101-164. NIETO GARCÍA, L.-C., «Derechos humanos e inmigración: Europa y la directiva de retorno», *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, núm. 104, 2008-2009, pp. 39-56. ORTEGA GIMÉNEZ, A y LÓPEZ ÁLVAREZ, A., «Breve aproximación crítica a la “Directiva de retorno”: (Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio)», *Diario La Ley*, núm. 7062-7065, 2008. PAVÓN PÉREZ, J.A., «La propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, 2008, p. 119-143. VILACHÁ DOMÍNGUEZ, L., PARDO GONZÁLEZ, M., «La evolución normativa en materia de expulsión: la nueva directiva comunitaria en materia de retorno», *Diario La Ley*, núm. 7066-7072, 2008. FERNÁNDEZ HERRERO, S., «La Directiva de Retorno vista desde el sur», *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, núm. 104, 2008-2009, pp. 139-152. KAUFF-GAZIN, F., «La directive retour: une victoire du réalisme ou du tout-répressif?», *Europe: Actualité du Droit Communautaire*, 2009, pp. 3-6. MARTUCCI, F., «La directive retour: la politique européenne d’immigration face à ses paradoxes», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2009, pp. 47-67. SANTULLI, C. y PARROT, K., «La directive retour, l’Union Européenne contre les étrangers», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2009, pp. 205-249. ACOSTA, D., «The good, the bad and the ugly in EU migration law: is the European Parliament becoming bad and ugly? (The adoption of Directive 2008/15: the Returns Directive)», *European Journal of Migration and Law*, 2009, pp. 19-39. BALDACCINI, A., «The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Returns Directive», *European Journal of Migration and Law*, 2009, pp. 1-17. FAJARDO DEL CASTILLO, T., «La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2009, pp. 453-499. GORTÁZAR ROTAECHÉ, C.-J., «Las nuevas normativas europeas sobre inmigración: perspectivas y riesgos. Especial mención a la llamada Directiva “de retorno”», *Corintios XIII: Revista de Teología y Pastoral de la Caridad*, núm. 131, 2009, pp. 29-41. PADILLA, F., «La “directive retour”: analyse critique sous l’angle du respect des droits fondamentaux et des droits de l’enfant», *JDJ-TAJS*, núm. 285, mayo de 2009, pp. 51-54. FARAMIÑÁN GILBERT, J.-M., «Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea», C. ESPLUGUES-MOTA, G. PALAO MORENO y M. Alejandro PENADÉS FONS (coord.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 605-626.

(149) De acuerdo con su art. 1.

(150) Quedan fuera de su ámbito de aplicación si así lo deciden los Estados quienes sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes al cruzar irregularmente las fronteras o quienes sufran el retorno como consecuencia de sanciones penales o que estén sujetos a extradición (art. 2). Los Estados miembros deben respetar el principio de no devolución (art. 4.4.b).

(151) Tal y como se avanza en sus apdos. 9 y 23 de su exposición de motivos y en su art. 1.

(152) Según su art. 4 sobre disposiciones más favorables.

Una obligación que impone a los Estados miembros radica en dictar la decisión de retorno para todo nacional de terceros que se halle en situación irregular en su territorio<sup>(153)</sup>. Ahora bien, como toda regla general, presenta un elenco de excepciones, dependiendo de la concreta situación en la que se halle cada persona afectada. Así, si posee un permiso de residencia válido u otra autorización equivalente expedido por otro Estado miembro, se le exigirá que vuelva de inmediato al territorio de dicho Estado miembro<sup>(154)</sup>. Si otro Estado miembro se hace cargo de ella en base a un tratado internacional bilateral, corresponde a ese Estado dictar la decisión de retorno. Si un Estado miembro concede un permiso de residencia u otra autorización de estancia por razones humanitarias o de otro tipo, no puede dictarse ninguna decisión de retorno. Cuando un inmigrante en situación irregular esté afectado por un proceso de renovación de permiso de residencia u otro que sea análogo en un Estado miembro, sus autoridades competentes pueden abstenerse de tomar una decisión de retorno<sup>(155)</sup>.

Importante es destacar la relevancia que en este contexto tienen los plazos que afectan a la salida voluntaria<sup>(156)</sup>, la prohibición de entrada si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria<sup>(157)</sup>, la expulsión y el internamiento a efectos de expulsión. En efecto, la decisión de retorno debe establecer un plazo adecuado para la salida voluntaria que por lo general no será inferior a 7 días ni superior a 30, si bien, en determinados supuestos, puede no concederse plazo o aminorarse<sup>(158)</sup>, o prorrogarse teniendo en cuenta las circunstancias especiales que confluyan en cada caso<sup>(159)</sup>. No se excluye la posibilidad de que un inmigrante en situación irregular salga anticipadamente<sup>(160)</sup>. La inexistencia de plazo para la salida voluntaria o el incumplimiento de la obligación de retorno dentro del plazo concedido por parte de un inmigrante en situación irregular obligan al Estado miembro a adoptar las medidas que sean necesarias para llevar a cabo la expulsión<sup>(161)</sup>. En todo caso, ésta podrá quedar aplazada si vulnera el principio de no devolución o si se ha suspendido temporalmente la decisión de retorno o si concurren circunstancias especiales como de índole técnica o motivos de salud<sup>(162)</sup>. El internamiento a efectos de expulsión debe fundarse en la preparación del retorno o en llevar a cabo el proceso de expulsión y, en general,

---

(153) En su art. 6.1.

(154) Salvo que su salida deba ser inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional (art. 6.2).

(155) Tal y como se estipula en los párrs. 3, 4 y 5 de su art. 6.

(156) La vinculación entre «salida voluntaria» y el plazo fijado es tan estrecha que en la noción de aquella se incluye éste: «el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno» (art. 3.8).

(157) *Cfr.* art. 11.

(158) En casos como aquellos en que exista riesgo de fuga, se desestime la solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional (art. 7.4).

(159) La discrecionalidad administrativa queda condicionada hasta cierto punto en la medida en que deberán tenerse en cuenta situaciones fácticas tales como la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares y sociales (art. 7.2).

(160) Ver en este sentido el art. 7.1.

(161) De conformidad con el art. 8.1 y 2. Si utiliza medidas coercitivas deberán ser proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable (art. 8.4).

(162) Según se desprende del art. 9.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

---

no podrá superar los 6 meses, si bien, en determinadas circunstancias, podría prorrogarse hasta los 12<sup>(163)</sup>.

Dada la discrecionalidad técnica que ofrece a los Estados miembros otorgándoles, en ocasiones, amplios márgenes de maniobra en su interpretación y aplicación al caso concreto que se les plantee, ¿cómo compatibiliza el retorno de los inmigrantes en situación irregular con la defensa de sus derechos humanos?

Desde un plano meramente teórico, esta directiva subraya que su contenido jurídico respeta los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios consagrados en la CDFUE<sup>(164)</sup>. Afirmar además que debe aplicarse sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual<sup>(165)</sup>. Incluso, al pretender que las medidas y procesos que se regulen sean respetuosos con los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario, así como del derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos<sup>(166)</sup>, podría parecer, a primera vista, que supedita o condiciona el retorno de cualquier inmigrante en situación irregular a la protección de sus derechos humanos. Además obliga a los Estados miembros a respetar siempre el principio de no devolución<sup>(167)</sup>, a no efectuar expulsiones colectivas<sup>(168)</sup>, a tener en cuenta el principio del interés superior del niño, la vida familiar y estado de salud del inmigrante<sup>(169)</sup>. En el internamiento, las autoridades competentes deben proporcionar al inmigrante en situación irregular un trato digno y humano que respete sus derechos fundamentales y se ajuste al derecho internacional y nacional<sup>(170)</sup>. Otras garantías y facilidades por las que apuesta en su texto son aquellas que afectan al menor no acompañado y a las familias, determinadas garantías procesales, las de información y traducción de documentos...

Ahora bien, en su aplicación práctica puede considerarse como la directiva que sobre inmigración ha propiciado más procesos ante el TJUE y que ha recibido las críticas más exacerbadas por parte de organismos internacionales y prestigiosos académicos. En efecto, V. BOU e I. REIG defienden que cuestiona algunos derechos fundamentales en la adopción de medidas relativas a la tutela judicial efectiva, los plazos de internamiento o la protección

---

(163) Tal y como dispone el art. 15.

(164) Según el apdo. 24 de su exposición de motivos.

(165) Como avanza el apdo. 21 de su exposición de motivos.

(166) Como prescribe el art. 1, y en sintonía con el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 que pidió que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad (apdo. 2 de su exposición de motivos).

(167) Así se deduce del apdo. 8 de su exposición de motivos y de los arts. 4.4.b) y 5.

(168) Según el apdo. 6 de su parte expositiva. En el sentido de que las decisiones que se tomen deben adoptarse de manera individualizada y basarse en criterios objetivos. Esta prohibición no debe confundirse con las expulsiones conjuntas por vía aérea que quedan claramente convalidadas por el art. 8.5 en base a la decisión 2004/573/CE.

(169) Ver apartado 22 de su exposición de motivos y los arts. 5, 10 y 17.

(170) De acuerdo con el apdo. 17 de su exposición de motivos y lo preceptuado en los arts. 16 y 17.

de menores<sup>(171)</sup>. Por su parte, A. CHUECA sostiene de forma contundente que «la directiva de retorno no respeta los derechos humanos»<sup>(172)</sup> ni formal, ni sustancialmente hablando, porque utiliza tanto un juego perverso de palabras<sup>(173)</sup>, como un conjunto de disposiciones sobre garantías procesales, el internamiento a efectos de expulsión, las condiciones de internamiento y el internamiento de menores y familias que son inadmisibles desde la perspectiva de los derechos humanos<sup>(174)</sup>. Y otros conocidos publicistas se han posicionado con más o menos matices en la misma línea de argumentación<sup>(175)</sup>.

Los organismos latinoamericanos mostraron su inquietud y malestar por los efectos negativos que pudiera generar esta directiva sobre los inmigrantes en situación irregular en territorio europeo. La OEA (Organización de Estados Americanos) expresó su preocupación por las leyes y medidas adoptadas por algunos Estados que pueden restringir los derechos humanos de los migrantes, cuando deben garantizarles sus derechos en cumplimiento con sus obligaciones de conformidad con el derecho internacional<sup>(176)</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos opinó que esta norma suscita serias preocupaciones, especialmente por la ausencia de garantías suficientes para los migrantes y solicitantes de asilo<sup>(177)</sup>. La UNASUR (Unión de Naciones Sudamericanas) rechazó cualquier intento de criminalización de los migrantes que pueda implicar la aplicación de esta directiva y recordó que los derechos humanos de los que son titulares los inmigrantes están garantizados por diversos instrumentos internacionales<sup>(178)</sup>. El MERCOSUR (Mercado Común del Sur) afirmó que no respeta la dignidad de los migrantes en situación irregular, que no es congruente con el derecho humanitario ni con el que rige los derechos humanos, ignora el interés superior del niño y vulnera el principio de reunificación familiar<sup>(179)</sup>. El SICA (Sistema de la Integración Centroamericana) destacó las implicaciones violatorias que tendría para los derechos humanos y la dignidad de las personas y deploró la penalización del migrante. La CAN (Comunidad Andina de Naciones) rechazó con especial dureza esta

---

(171) BOU FRANCH, V., y REIG FABADO, I., «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», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 19, 2009, pp. 1-46.

(172) CHUECA SANCHO, A.-G., «Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos», capítulo VII de Á. G. CHUECA SANCHO (director), *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 135-158, esp. p. 138 y ss

(173) P.e. señala que cuando se habla de retorno «de modo forzoso» estamos realmente ante una expulsión (p. 140). La desjudicialización de la expulsión constituye sin duda una quiebra trascendental de los derechos humanos de los extranjeros (p. 143).

(174) Entre otras cosas detalla que «se permite la barbaridad de expulsar a menores no acompañados» (p. 144) o que la petición previa de traducción escrita u oral vulnera el principio de seguridad jurídica (p. 145).

(175) DE LUCAS MARTÍN, F.J., «Contra la «directiva de retorno»», *Le Monde Diplomatique en español*, núm. 154, 2008, p. 3.

(176) Resolución núm. 938, aprobada por unanimidad en su sesión del 26 de junio de 2008.

(177) CIDH. *Derechos humanos de migrantes, estándares internacionales y la directiva de retorno de la UE*. Resolución núm. 03/08.

(178) En su reunión el 4 de julio de 2008. Ver la *declaración de la Unión de Naciones Suramericanas sobre la «Directiva de Retorno» de la Unión Europea*: <<http://www.comunidadandina.org/unasur/4-7-08directivaUE.htm>>.

(179) *Declaración de los países del MERCOSUR ante la «directiva de retorno de la unión europea»*, Tucumán, 01-07-2008.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

---

directiva, debido al gran número de inmigrantes andinos que residen en territorio europeo y los ministros de asuntos exteriores de sus cuatro Estados miembros enviaron una misiva a la UE en la que subrayaron su preocupación y la importancia de asegurar «el goce y protección de los derechos humanos de los migrantes, indistintamente de su condición, sobre la base de un enfoque comprensivo de la migración internacional»<sup>(180)</sup>. En respuesta a la anterior, los Sres. Kouchner, Solana y Ferrero-Waldner, en representación de la Unión<sup>(181)</sup>, remitieron, el 22 de julio de 2008, a los cuatro cancilleres, vía fax, una carta firmada en la que recalcan que «la directiva busca armonizar las normas de los Estados miembros y establecer un conjunto de reglas claras, transparentes y justas en materia de retorno, expulsión, utilización de medidas coercitivas, incluidos el internamiento y la re-entrada que tenga en cuenta el pleno respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas afectadas»; «garantizará que las personas en situación irregular confrontadas a la posibilidad de retorno gocen de una amplia gama de derechos claros, armonizados y reforzados en toda la Unión Europea»<sup>(182)</sup>.

Es verdad que su redacción ofrece zonas sombrías y con probables flancos abiertos a la crítica en el sentido de que pueden dejar abierta la puerta para que, en su aplicación práctica, no se garanticen suficientemente los derechos humanos de algún inmigrante irregular que se halle en Europa<sup>(183)</sup>. Ahora bien, no es menos cierto que debe ser enmarcada entre las tensiones propias que producen dos tendencias dogmáticas que habitualmente se proyectan en la política de inmigración de la UE: la constitucionalista partidaria de priorizar los valores y derechos regulados en las constituciones estatales y en los tratados internacionales celebrados y ratificados por los Estados miembros y la soberanista inclinada a imponer los controles propios del ejercicio responsable y limitado de la soberanía nacional en aras a que su desarrollo sostenible no se vea amenazado. Los sucesivos exámenes e informes y la ejecución práctica que de ella hagan los Estados miembros que la han incorporado a su derecho interno, así como la jurisprudencia del TJUE podrán darnos una idea de hasta qué punto se ha guardado un equilibrio entre la libertad y la seguridad.

Por de pronto, debe reconocerse que el conjunto de sus disposiciones se adoptó para tratar de hacer frente a retos planteados y de los que posiblemente un buen termómetro sea la ya existente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), tales como las enormes diferencias legislativas y jurisprudenciales que a este respecto ofrecían las diversas prácticas estatales, expulsiones colectivas, tratos inhumanos o degradantes, detenciones, insuficientes garantías procesales, vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar... Supone, por tanto, un esfuerzo armonizador de las enormes heterogeneidades y asimetrías que planteaban las legislaciones de los Estados miembros y sus

---

(180) *Vid.* <[http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/CartasCancilleres\\_TroikaUE\\_migraciones.pdf](http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/CartasCancilleres_TroikaUE_migraciones.pdf)>.

(181) D. Bernard Kouchner en tanto que ministro de relaciones exteriores y europeas de Francia, que ocupaba la presidencia en ejercicio del Consejo de la UE; D. Javier Solana como alto representante de la PESC y secretario general del Consejo de la Unión Europea; y Dña. Benita Ferrero-Waldner como comisaria de relaciones exteriores y de la política de vecindad.

(182) Su contenido se halla en <[http://www.comunidadandina.org/documentos/dec\\_int/DocumentUE\\_CAN.pdf](http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/DocumentUE_CAN.pdf)>.

(183) Un mero botón de muestra puede ser, por ejemplo, la redacción sobre el derecho de intérprete que puede condicionar el derecho a las debidas garantías procesales o el derecho al acceso a la justicia. Ver, en este sentido, su art. 12.

prácticas gubernamentales, al tiempo que fomenta la coordinación y la cooperación entre ellos en la lucha contra la trata de personas y la inmigración ilegal<sup>(184)</sup>. Con disposiciones que pueden ser invocadas directamente por los ciudadanos que residen en territorio europeo ante las jurisdicciones ordinarias de los Estados miembros, empieza a generar una jurisprudencia estatal y europea que marca una nueva era en el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular. Así las cosas, habría que efectuar un seguimiento pormenorizado de su transposición y de su ejecución efectiva a nivel nacional de medidas como la expulsión, la detención, las vías de recurso o el trato de personas vulnerables para conocer en concreto si se garantizan los derechos humanos del colectivo afectado. Su futura evaluación a finales de 2013<sup>(185)</sup> podrá aclarar si es o no necesario adoptar enmiendas para garantizar los derechos humanos de los inmigrantes en situación irregular. Mientras tanto, en algunos informes colaterales parece especificarse que se avanza en la buena dirección<sup>(186)</sup>.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

No es una novedad que el TJUE se ocupe de algunos de los retos que plantean a la UE los inmigrantes que se hallan en situación irregular y, por ende, incida en el ejercicio de algunos de sus derechos. Baste recordar a este respecto que ya en el asunto *Eleanora Ivanova Kondova* de 2001<sup>(187)</sup> abordó el ejercicio del derecho de establecimiento por parte de una inmigrante considerada como ilegal por las autoridades británicas y los límites que puede establecer un Estado miembro de acogida mediante sus normas sobre entrada, estancia y establecimiento, a pesar de que exista un acuerdo de asociación que tenga efectos directos; determinando que ha de denegarse el beneficio de este derecho material debido a la existencia de un abuso de derecho. El ejercicio de este mismo derecho relacionándolo con el derecho al respeto a la vida privada y familiar también ha sido objeto de un reciente análisis en el asunto *Dereci et al.*<sup>(188)</sup>, en el cual, tras constatar que un inmigrante entró ilegalmente en el territorio austriaco en 2001, el TJUE reconoce que en el momento de presentar su solicitud de establecimiento disfrutaba, con arreglo a la legislación nacional entonces vigente, de un derecho de establecimiento en virtud de su matrimonio con una nacional austriaca. En 2003, en el asunto *Hacene Akrich*<sup>(189)</sup>, como respuesta a un recurso preju-

---

(184) Una buena muestra de ello es el método de gestión compartida que utilizan en la aplicación del fondo europeo para los refugiados que favorece una aplicación correcta y armonizada de la Directiva 2008/115/CE.

(185) Su art. 19 expresa que la Comisión informará sobre su aplicación por primera vez a más tardar el 24 de diciembre de 2013.

(186) Al parecer de la Comisión «la législation européenne relative au retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière prend pleinement en compte l'importance du respect des droits fondamentaux de ces ressortissants par les États membres». COMISIÓN EUROPEA, *Rapport 2010 sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications de l'Union Européenne, 2011, p. 24.

(187) Sentencia del tribunal de justicia de 27 de septiembre de 2001, as. C-235/99, *The Queen y Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova*, rec. 2001.

(188) Sentencia del tribunal de justicia (gran sala) de 15 de noviembre de 2011, as. C 256/11, *Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduike, Dragica Stevic y Bundesministerium für Inneres*, rec. 2011.

(189) Sentencia del tribunal de justicia de 23 de septiembre de 2003, as. C-109/01, *Secretary of State for the Home Department y Hacene Akrich*, rec. 2003.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

---

dicial que le había planteado el *Immigration Appeal Tribunal* (Reino Unido), tras afirmar que «quien entre en el Reino Unido estando vigente una orden de expulsión contra él es un inmigrante ilegal (art. 33, apartado 1, de la *Immigration Act 1971*) y puede ser expulsado como inmigrante ilegal (con arreglo al art. 4, apartado 2, letra c), y al anexo 2, apartado 9, de la *Immigration Act 1971*)», le negaba el ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores<sup>(190)</sup>. Desde una perspectiva más amplia, puede considerarse que el derecho a la libre circulación se ha visto fortalecido hace un par de años cuando el TJUE resolvió las peticiones prejudiciales planteadas en los asuntos *Aziz Melki* y *Sélim Abdeli*<sup>(191)</sup>, en los cuales dos inmigrantes argelinos en situación irregular objeto de «internamientos locales» tuvieron el coraje de cuestionar la legalidad de una norma nacional francesa que autorizaba controles de identidad en la zona comprendida entre su frontera terrestre con los Estados parte en el convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y una línea cuyo trazado discurría a 20 kilómetros de esa frontera; la jurisdicción europea la declaró contraria al art. 67.2 del TFUE y de los arts. 20 y 21 del reglamento núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006.

Por lo general, las autoridades competentes de los Estados miembros se hallan comprometidas a través de las normas de derecho de la UE mediante obligaciones de cumplimiento que pueden consistir en un deber de hacer y/o en un deber de abstenerse. En efecto, de acuerdo con el art. 4.3 del TUE, 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. Significa, entre otras cosas, que deben incorporar en tiempo y forma el contenido jurídico de las directivas que inciden en los inmigrantes en situación irregular a sus respectivos ordenamientos internos; algo que, como ya ha sido puesto de manifiesto, incumplen las Administraciones estatales tal y como queda demostrado por la pluralidad de recursos de incumplimiento que ha presentado la Comisión ante el TJUE. Problema más arduo plantea el desconocimiento generalizado por parte de profesionales del derecho, especialmente jueces y magistrados, del derecho de la UE y del contenido de la propia jurisprudencia del TJUE y de la del TEDH (en la medida que afecten a la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales), puesto que difícilmente pueden interpretar y aplicar su legislación estatal en sintonía con los deberes que imponen las normas europeas, esto es, garantizar la plena eficacia del derecho de la UE y dejar inaplicables aquellas normas de derecho interno que lo contraríen.

---

(190) Bien es verdad que parte de la premisa de que, para poder disfrutar de tal derecho, las normas europeas exigen que el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión; quedan empero inaplicables si el nacional de un Estado miembro y el nacional de un país tercero han celebrado un matrimonio de conveniencia para eludir las disposiciones relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros. Aun así, «las autoridades competentes del primer Estado miembro, al apreciar la solicitud del cónyuge de entrar y residir en su territorio, deben tener en cuenta, no obstante, el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del art. 8 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales si el matrimonio es auténtico.

(191) Sentencia del tribunal de justicia (gran sala) de 22 de junio de 2010, as. acumulados C-188/10 y C-189/10, *Aziz Melki* y *Sélim Abdeli*, rec. 2010.

El tratado de Lisboa, además de reconocer un valor jurídicamente obligatorio a la CDFUE como ya ha sido expuesto más arriba, eliminó las disposiciones que restringían a los órganos jurisdiccionales de última instancia la posibilidad de presentar recursos sobre interpretación de normas de la UE ante los tribunales de Luxemburgo. Más aún, desde su entrada en vigor, el TFUE obliga a todo órgano jurisdiccional nacional que esté resolviendo un asunto y cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno a pedir decisión prejudicial al TJUE<sup>(192)</sup>. Todo lo cual está trayendo como consecuencia un incremento del número de decisiones prejudiciales que plantean los tribunales nacionales<sup>(193)</sup> y que esta institución debe, de una manera u otra, resolver; redundando, a la postre, en una aplicación mucho más uniforme de la legislación europea que regula la inmigración en general y, dentro de ella, la irregular en particular, al tiempo que se desarrolla la jurisprudencia europea de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no solo desde un prisma material en el sentido de que progresivamente van ampliándose sus consiguientes fundamentos jurídicos sino también desde la perspectiva subjetiva o personal en tanto que protege los derechos de una determinada persona, establece límites a la aplicación práctica de las leyes estatales que los violentan, etc.

### 1. Sanción penal para un traficante de personas

En abril de 2012 el TJUE, en el asunto *Minh Khoa Vo*, resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Alemania). Desde un prisma fáctico, afectaba a un ciudadano vietnamita que era miembro de una organización criminal que ayudaba a otros vietnamitas a entrar ilegalmente en territorio alemán. El *modus operandi* de una de las bandas consistía en hacer creer a la embajada de Hungría en Vietnam que formaban parte de grupos de turistas de 20 o 30 personas, mientras que en la práctica se les hacía entrar en el territorio de la UE (principalmente a Alemania) previo pago de una suma comprendida entre 11.000 y 15.000 dólares. Otra banda se aprovechaba de que Suecia permitía a los vietnamitas residir durante varios meses en el espacio Schengen si disponían de visados de trabajo para la recolección de bayas y, tras obtener el visado de trabajo y llegar a Suecia, los trasladaban a Alemania. El *Landgericht* de Berlín consideró al acusado culpable de

---

(192) La actual redacción de su art. 267 es a este respecto muy ilustrativa. *A fortiori* debe recordarse que el propio TJUE ha sido muy explícito al señalar que esta disposición «se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al tribunal de justicia. Incumbe al tribunal remitente verificar si la legislación nacional controvertida en los asuntos principales puede interpretarse conforme a las exigencias del derecho de la Unión. Sentencia del tribunal de justicia (gran sala) de 22 de junio de 2010, as. acumulados C 188/10 y C 189/10, *loc. cit.*

(193) Algunas de las cuales han sido declaradas por el TJUE en sendos autos como manifiestamente inadmisibles por una falta de descripción del marco fáctico del litigio principal. Por ejemplo: auto del tribunal de justicia (sala quinta) de 8 de septiembre de 2011, as C-144/11, *Asad Abdallah*, rec. 2011; auto del tribunal de justicia (sala quinta) de 4 de julio de 2012, as. C-73/12, *Ahmed Ettaghi*, rec. 2012; auto del tribunal de justicia (sala quinta) de 4 de julio de 2012, as. C-74/12, *Abd Aziz Tam*, rec. 2012; auto del tribunal de justicia (sala quinta) de 4 de julio de 2012, as. C-75/12, *Majali Abdel*, rec. 2012.

cuatro delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina con ánimo de lucro y en banda organizada y lo condenó a cuatro años y tres meses de prisión. El Sr. Vo recurrió esta sentencia condenatoria ante el *Bundesgerichtshof*, órgano que formuló la petición de decisión prejudicial. Tras recordar que normas como la directiva 2002/90 obligan a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para velar por que las infracciones allí definidas sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias y para establecer su competencia respecto de las infracciones cometidas total o parcialmente en su territorio, el TJUE subrayó que «no sólo el derecho de la Unión no impide que un Estado miembro abra un proceso penal contra cualquier persona que intencionadamente ayude a un nacional de un Estado tercero a entrar en el territorio de un Estado miembro vulnerando la normativa aplicable, sino que obliga expresamente al Estado miembro de que se trate a actuar penalmente contra esa persona»<sup>(194)</sup>. En su consecuencia, las normas de derecho de la UE «no impiden que una normativa nacional sancione penalmente el favorecimiento de la inmigración clandestina en el supuesto de que los inmigrantes clandestinos, nacionales de terceros países, dispongan de visados que obtuvieron de forma fraudulenta, engañando a las autoridades competentes del Estado miembro que los expidió sobre la verdadera finalidad de su viaje, y dichos visados no hayan sido anulados previamente».

### 2. La pena de multa sustituible por expulsión o arresto domiciliario y la pena de prisión y multa

En fallos cronológicamente anteriores, como es el caso *Md Sagor*<sup>(195)</sup> y el caso *Achughbabian*<sup>(196)</sup>, el TJUE recuerda que la Directiva 2008/115/CE «no se opone a que el derecho de un Estado miembro califique de delito la situación irregular y establezca sanciones penales para disuadir de la comisión de dicha infracción y para reprimirla», si bien no puede aplicar una norma penal que pueda menoscabar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes que esa directiva establece y privarla de su efecto útil<sup>(197)</sup>.

En el primero de ambos fallos jurisprudenciales, un vendedor ambulante sin domicilio fijo en Italia y sin permiso de residencia declaró en 2009 a la policía haber nacido en Bangladesh y haber entrado en territorio italiano en marzo de ese año. En 2010 tuvo que presentarse ante el *Tribunale di Rovigo* para responder del delito de situación irregular previsto en el art. 10 bis del decreto legislativo núm. 286/1998. Al albergar dudas acerca de la compatibilidad de esta norma con el derecho de la UE, el *Tribunale* preguntó al TJUE si, a la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las directivas, la directiva

---

(194) Sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 10 de abril de 2012, as. C 83/12 PPU, *Minh Khoa Vo*, rec. 2012, apdo. 44.

(195) Sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 6 de diciembre de 2012, as. C 430/11, *Md Sagor*, rec. 2012, apdo. 31.

(196) Sentencia del tribunal de justicia (gran sala) de 6 de diciembre de 2011, as. C 329/11, *Alexandre Achughbabian* y *Préfet du Val-de-Marne*, rec. 2012, apdo. 28. En literatura jurídica, puede leerse BRUNESSEN, B., «La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau. CJUE, 6 décembre 2011, Achughbabian, aff. C-329/11», *Revue des Affaires Europeennes*, núm. 4, 2011, pp. 845-858.

(197) Cfr. *Minh Khoa Vo*, rec. apdo. 45; *Achughbabian*, apdo. 39 y sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 28 de abril de 2011, C 61/11 PPU, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, rec. 2011, apdo. 55.

retorno se opone al hecho de que un nacional de un tercer país que se encuentra en una situación irregular en un Estado miembro pueda ser sancionado con una pena pecuniaria, sustituida por el arresto domiciliario como sanción penal, incluso antes del incumplimiento de una orden de expulsión dictada por la autoridad administrativa y/o a que un Estado miembro pueda adoptar una norma por la que se sancione a un nacional de un tercer país que se encuentra en una situación irregular en el Estado miembro con una pena pecuniaria, sustituida por una expulsión de ejecución inmediata como sanción penal, sin que se siga el procedimiento ni se respeten los derechos del extranjero que establece dicha directiva. Sus respuestas aportaron soluciones salomónicas puesto que respondió que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión, mientras que sí que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro.

La oposición al arresto domiciliario se concreta previamente en argumentos tales como que la directiva obliga a los Estados a cumplir con la expulsión lo antes posible, que la pena de arresto domiciliario no constituye una «medida» o una «medida coercitiva» en el sentido del art. 8 de la directiva, tampoco contribuye a que se lleve a cabo la expulsión trasladando físicamente al interesado fuera del Estado miembro, obstaculiza medidas como la conducción a la frontera y el retorno forzoso por vía aérea que contribuyen a llevar a cabo la expulsión; además, si no existe en la normativa nacional una disposición que haga prevalecer la expulsión sobre la ejecución de la pena de arresto domiciliario la directiva 2008/115 se opone a un mecanismo de sustitución de una pena de multa por una pena de arresto domiciliario.

A continuación, el TJUE señala que las medidas de retorno no se ven retrasadas u obstaculizadas por una acción penal como la ejercida contra el Sr. Sagor, dado que la norma nacional aplicable permite que el retorno se realice con independencia de dicha acción penal y sin que ésta llegue a término. La imposición de una pena pecuniaria tampoco obstaculiza la ejecución del procedimiento de retorno. Por otra parte, la posibilidad que se da al juez de lo penal de sustituir la pena pecuniaria por una pena de expulsión, acompañada de una prohibición de entrada al territorio italiano, en los supuestos en que sea posible llevar a cabo inmediatamente el retorno del interesado, no es contraria a la directiva. En efecto, ésta permite a los Estados miembros, sobre la base de un examen individual de la situación del afectado, imponer la expulsión, sin conceder ningún plazo de salida voluntaria, cuando exista riesgo de que el interesado se evada para evitar el procedimiento de retorno. En resumidas cuentas la aplicación de multas o arrestos domiciliarios serán procedentes siempre que no se obstaculicen el retorno forzoso o la expulsión de los inmigrantes en situación irregular.

En el segundo asunto, el Sr. Achughbabian, con nacionalidad armenia, que había entrado en suelo francés en 2008, había solicitado la concesión de un permiso de residencia que le fue denegado por la autoridad competente, obligándolo a salir «voluntariamente» en el plazo de un mes en febrero de 2009. En junio de 2011 en unos controles policiales se constató que seguía en Francia y, a consecuencia de ello, el *préfet du Val de Marne* dictó una orden

administrativa de expulsión y una orden de internamiento que le fueron notificadas, recurriéndolas ante la justicia francesa. La *cour d'appel* de París preguntó al TJUE si la directiva retorno se opone a la norma francesa que sanciona con pena de prisión de un año y multa de 3.750 euros al nacional de un tercer país que se halle en situación irregular en Francia.

Con carácter previo, y antes de concretar su respuesta, el TJUE determina algunos deberes que afectan al correcto proceder de las autoridades estatales competentes en la correcta aplicación de la directiva retorno. Así, y para no vulnerar su objeto, han de actuar con diligencia y definir sin tardanza el carácter regular o irregular de la situación del interesado, adoptando en esta última circunstancia una decisión de retorno<sup>(198)</sup>. Con mayores detenimiento y espacio se ocupa del tema de la compatibilidad de las normas penales estatales, ya sean sustantivas o procedimentales, con la Directiva 2008/115/CE. Ésta no se opone a que se impongan sanciones penales a los nacionales de terceros países a los que se aplique el procedimiento de retorno y que se hallen en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. Ahora bien, en el marco de la aplicación de las normas de procedimiento penal, la imposición de sanciones está sometida al pleno respeto de los derechos fundamentales, en particular los que garantiza el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>(199)</sup>. Se trata de un límite que, extraído del articulado de la directiva, se proyecta en las normas penales estatales de aplicación que, a su vez, forman parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Al propio tiempo, la especial mención que hace hacia los derechos humanos supone no solo una excepcionalidad que merece la pena resaltar, sino también una frontera infranqueable en la ejecución práctica de las normas penales de derecho interno.

Partiendo de la premisa de que la legislación penal y las normas de procedimiento penal son competencia de los Estados miembros y, por tanto, pueden ejercerla en la esfera de la inmigración y de la estancia irregulares<sup>(200)</sup>, afirma que, al igual que en su jurisprudencia anterior<sup>(201)</sup>, no pueden aplicarla poniendo en cuestión los objetivos y el efecto útil de la directiva<sup>(202)</sup>. En este sentido los Estados miembros tienen el deber de adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Directiva 2008/115/CE y de abstenerse de adoptar toda medida que pueda poner en peligro la realización de los objetivos de ésta<sup>(203)</sup>. En teoría para acomodarlas los Estados miembros deben ajustar su derecho interno al derecho de la UE. Algo que aunque a primera vista parezca sencillo no lo es tanto si se observa en la sentencia los problemas que plantea en la práctica la imposición de una pena de prisión y las propias respuestas que ofrece el TJUE en su *dictum*.

En efecto la ejecución de una pena de prisión en el curso del procedimiento de retorno no contribuye a que se lleve a cabo la expulsión que persigue, esto es, a que se traslade físicamente al interesado fuera del Estado miembro en el que se halla; por lo que tal pena

---

(198) Según su apdo. 31.

(199) Apdos. 48 y 49.

(200) Expresa con nitidez que ni el derecho originario ni el derivado se oponen a este principio.

(201) Como en el as. *El Dridi*, *loc. cit.*, apdos. 53 a 55.

(202) En su apdo. 33.

(203) Apdo. 43.

no constituye una «medida» o una «medida coercitiva» en el sentido de la directiva, pero sí que puede llegar a frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes y demorar el retorno<sup>(204)</sup>. Y, llegados a este punto, la norma nacional, al fijar una pena de prisión para todo nacional de un tercer país, mayor de dieciocho años, que se halle en situación irregular transcurrido el plazo de tres meses desde su entrada en el territorio francés, puede dar lugar a un encarcelamiento cuando, en realidad, con arreglo a la directiva retorno, ese inmigrante debe ser objeto de un procedimiento de retorno o, a lo sumo, ser objeto de internamiento. A pesar de esta contraposición, el juez no se preocupa de delimitar ambos conceptos o de establecer algún tipo de contraposición que diferencie el encarcelamiento o prisión del internamiento. Lo que parece sostener con rotundidad es que todo proceso penal seguido de una pena de prisión retrasaría la expulsión y sería contraria al deber de lealtad de los Estados miembros y a las exigencias de la eficacia<sup>(205)</sup>. Además se reconoce que los nacionales de terceros países que, además del delito de estancia irregular, hayan cometido otro u otros delitos pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la directiva; ahora bien, como el demandante en el litigio principal no ha cometido otro delito no puede quedar excluido del ámbito de aplicación de la directiva 2008/115<sup>(206)</sup>.

Así las cosas, se apuntan dos respuestas a la cuestión planteada, puesto que la directiva retorno debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma estatal que reprime mediante sanciones penales la estancia irregular en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país que, aunque se halle en situación irregular en el territorio de dicho estado miembro y no esté dispuesto a abandonarlo voluntariamente, no está sujeto a medidas coercitivas como las que contempla el art. 8 de la directiva, no habiendo expirado, en el supuesto de internamiento con objeto de preparar y ejecutar su expulsión, el plazo máximo de duración de tal internamiento; y no se opone a tal normativa en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en dicha directiva y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno<sup>(207)</sup>. En suma, se trata de una sentencia en la que el TJUE aboga por una cooperación entre las autoridades estatales y las europeas para no perjudicar el objeto y el alcance del derecho de la UE, pero, como afirma, imponiendo ciertas limitaciones al ejercicio de la competencia penal de los Estados miembros.

### **3. La prisión por incumplimiento de una orden de salida del territorio de un Estado miembro**

La compatibilidad de una norma nacional que prevé una pena de prisión para inmigrantes en situación irregular cuando incumplen una orden de salida del territorio de un Esta-

---

(204) De acuerdo con su apdo. 46 los Estados miembros no pueden establecer una pena de prisión para los inmigrantes en situación irregular cuando deban ser expulsados si no sometidas a internamiento con el fin de preparar y ejecutar tal expulsión, lo que no excluye su potestad para adoptar o de mantener disposiciones, en su caso de carácter penal, que regulen el supuesto de que las medidas coercitivas no hayan permitido lograr la expulsión.

(205) Apdo. 45.

(206) Apdo. 41.

(207) Apdo. 50

do miembro ya fue abordada con anterioridad en el asunto *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*<sup>(208)</sup>. Inmigrante en situación irregular en Italia, el Sr. El Dridi fue expulsado mediante decisión administrativa. Meses después, al seguir en territorio italiano fue condenado por el *Tribunale di Trento* a la pena de un año de prisión por el delito tipificado en el art. 14, 5 ter, del decreto legislativo núm. 286/1998. Entonces el interesado interpuso recurso ante la *Corte d'appello di Trento*, la cual presentó petición de decisión prejudicial ante el TJUE sobre si la Directiva 2008/115/CE 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<sup>(209)</sup>.

El tribunal de Luxemburgo abordó con detenimiento el procedimiento que debe aplicar cada Estado miembro al retorno de los inmigrantes en situación irregular siguiendo el orden de sus diferentes fases. Así, en la fase inicial ha de dictar la decisión de retorno y, salvo excepciones, debe priorizar su ejecución voluntaria o sea, la salida voluntaria por parte del inmigrante. Tan solo cuando concurren circunstancias excepcionales, como riesgo de fuga, puede imponer al inmigrante afectado la obligación de presentación periódica ante las autoridades, depósito de una fianza adecuada, entrega de documentos o permanecer en un lugar determinado<sup>(210)</sup>. En estos casos, y cuando la salida voluntaria no haya tenido lugar, las autoridades estatales están obligadas a ejecutar la expulsión, tomando todas las medidas necesarias, incluso medidas coercitivas pero de carácter proporcionado, que respeten los derechos fundamentales y que sean las «medidas menos coercitivas posibles» que, según la concreta situación, podrían suponer la privación de libertad mediante internamiento<sup>(211)</sup>. Importa destacar en este punto la excepcionalidad de esta última medida, lo que entraña, como consecuencia, que se delimite desde un punto de vista temporal y desde un prisma espacial. Desde el primero, debe ser «lo más corta posible», mantenerse mientras esté vigente la tramitación de la expulsión, revisarse «a intervalos razonables» y finalizarse cuando la perspectiva de expulsión desaparezca o cuando se agote la duración

---

(208) Sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 28 de abril de 2011, as. C 61/11 PPU, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, rec. 2011. KAUFF-GAZIN, F., «La directive “retour” au secours des étrangers: de quelques ambiguïtés de l’affaire “El Dridi” du 28 avril 2011», *Europe: Actualité du Droit Communautaire*, vol. 21, núm. 6, 2011, p. 10-13; AMALFITANO, Ch., «La reclusione degli immigrati irregolari per violazioni dell’ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni del c.d. direttiva rimpatri [Nota a sentenza] C. giust. UE, Sez. I, 28/4/2011, n. C-61/11, Hassen El Dridi», *Cassazione Penale*, vol. 51, núm. 7-8, 2011, pp. 2786-2797; GONZÁLEZ SAQUERO, P., «La Directiva “retorno” y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros. Comentario a la Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11 PPU», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 152, 2011, pp. 1135-1152; MURPHY, C., «Politique étrangère et de sécurité commune (arrêt “El Dridi”)», *Revue du Droit de l’Union Européenne*, núm. 3, 2011, pp. 467-471; GALLO, D., «CJUE, 28 avril 2011, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, aff. C-61/11 PPU. La voie italienne à la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause», *Revue des Affaires Europeennes*, núm. 2, 2011, pp. 433-442; DI PASCALE, A., y NASCIMBENE, B., «La Sentencia del Tribunal de Justicia El Dridi y la inmigración irregular. Problemas y perspectivas en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho Italiano», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 42, 2012, pp. 107-128.

(209) Apdo. 29.

(210) Apdo. 37.

(211) Apdo. 39.

máxima establecida legalmente. Desde la segunda, el internamiento debe efectuarse en un centro especializado y los inmigrantes en situación irregular deben estar separados, en todo caso, de los presos comunes<sup>(212)</sup>. Amén de lo anterior, todas las medidas necesarias que se adopten para el retorno o la expulsión, sin excepción, deben ser de carácter proporcionado y acordes con los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>(213)</sup>. Desde esta perspectiva se llega a la conclusión de que el procedimiento de expulsión previsto por la norma italiana difiere considerablemente del que se establece en la directiva retorno<sup>(214)</sup>.

Dentro de los principales aspectos sustantivos en los que se adentra la sentencia merece la pena destacar que deja bien sentados los siguientes extremos. Uno, que los Estados miembros tienen la facultad de adoptar medidas, incluso de carácter penal, que permitan en particular disuadir a los inmigrantes de permanecer ilegalmente en el territorio de los Estados miembros<sup>(215)</sup>. Dos, que, aunque los Estados miembros tengan competencia para adoptar normas materiales y formales de derecho penal, no puede deducirse que el derecho de la UE no pueda afectar a dicha rama del derecho. Tres, que los Estados miembros no pueden aplicar una norma, 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. Cuatro, la directiva retorno 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<sup>(216)</sup>. Cinco, el decreto legislativo italiano no puede establecer una pena privativa de libertad como la que prevé por el único motivo de que el inmigrante en situación irregular no haya abandonado el territorio en el plazo ordenado y además puede perjudicar a la realización del objetivo de la directiva<sup>(217)</sup>. Seis, corresponde al tribunal remitente aplicar el derecho de la UE, garantizar su plena eficacia y dejar inaplicables las normas de derecho interno que lo contraríen.

En consecuencia, responde a la cuestión planteada señalando que la Directiva 2008/115 se opone a la normativa de un Estado miembro 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.

#### 4. La cuestión del internamiento y sus límites

La cuestión del internamiento de inmigrantes en situación irregular y sus límites fue objeto de análisis por parte del TJUE en el asunto *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*<sup>(218)</sup>.

---

(212) Apdo. 40

(213) Apdo. 38.

(214) Apdo. 50.

(215) Apdo. 52.

(216) Apdo. 57.

(217) Apdos. 58 y 59.

(218) Sentencia del tribunal de justicia (gran sala) de 30 de noviembre de 2009, as. C 357/09 PPU, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, rec. 2009. GONZÁLEZ SAQUERO, P., «El internamiento de extranjeros y sus límites. Sentencia del TJUE as. Kadzoev (2009)», E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y R. ALONSO

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Detenido por las fuerzas de seguridad búlgaras sin documentación acreditativa de personalidad en octubre de 2006, el Sr. Kadzoev o Sr. Huchbarov (utilizó ambos nombres) ingresó en un centro de internamiento temporal hasta la obtención de documentos que le permitieran viajar al extranjero y la garantía de medios económicos suficientes para adquirir un documento de transporte con destino a Chechenia, de donde decía que era originario. Presentó varias solicitudes para obtener el estatuto de refugiado, que le fueron sucesivamente denegadas. A partir de junio de 2008 su abogado presentó varias solicitudes de sustitución de la medida de internamiento por otra más leve que le fueron denegadas. El *Varhoven administrativen sad* (tribunal supremo de lo contencioso-administrativo) reconoció que era imposible determinar con certeza su identidad y su ciudadanía, por lo que le consideró apátrida. El ACNUR y Amnistía International sostuvieron que era verosímil que hubiera sido víctima de torturas y tratos vejatorios e inhumanos en su país de origen. Las autoridades búlgaras trataron infructuosamente de encontrar un tercer país seguro y mientras tanto permaneció en el centro de internamiento temporal.

El *Varhoven administrativen sad* planteó petición de decisión prejudicial ante el TJUE el 10 de agosto de 2009 acerca de la incidencia de la directiva retorno en la ley de extranjería búlgara: el plazo máximo para el internamiento y si se incluye el periodo transcurrido con anterioridad a la aplicación de la directiva, las causas de su prolongación<sup>(219)</sup>, su cómputo en el periodo en el que estuvo suspendida la ejecución de la decisión de expulsión<sup>(220)</sup>, la puesta en libertad si no existe ninguna «perspectiva razonable de expulsión»<sup>(221)</sup>.

Desde una perspectiva sustantiva cabe destacar, entre las aportaciones más relevantes que efectúa esta sentencia, las siguientes. Si no se computara el periodo de internamiento a efectos de expulsión anterior a la aplicación de la directiva retorno se superarían los plazos máximos que prevé y vulneraría el objetivo que persigue: garantizar que el internamiento a efectos de expulsión no supere los dieciocho meses<sup>(222)</sup>. No debe considerarse que quien ha solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular hasta que haya una decisión desestimatoria, por lo que podrá circular libremente salvo por motivos jurídicos o de orden público y de acuerdo con la legislación nacional<sup>(223)</sup>. No debe mantenerse

---

GARCÍA (coord.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. 2, Madrid, Civitas, 2012, p. 3305-3326; LUTZ, F., «L'arrêt "Kadzoev": un premier test pour la directive "Retour"», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 2, 2010, p. 331-345; CORNELISSE, G., «Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009», *Common Market Law Review*, vol. 48, núm. 3, 2011, pp. 925-945; AMÉDRO, J.-F., «La Cour de justice de l'Union Européenne et la rétention des étrangers en situation irrégulière dans le cadre de la directive "retour": Cour des justice des Communautés européennes, Gde Ch., Saïd Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), 30 novembre 2009», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Année 21, núm. 84, 2010, pp. 893-915.

(219) La norma búlgara no establecía un plazo máximo para el internamiento ni tampoco las causas de su prolongación, tal y como expresa su apdo. 30.

(220) Se suspendió la decisión de expulsión, primero, por la tramitación del examen de una solicitud de asilo y, segundo, por la resolución de recursos jurisdiccionales.

(221) La expulsión podría no ser razonable si el Estado del que el interesado es nacional no quiere expedirle un documento de viaje con vistas a su retorno. Por lo que respecta a su puesta en libertad, no dispone de documentos de identidad válidos, ni medios de subsistencia y nadie se ha comprometido a garantizar su subsistencia; tampoco dispone de los medios necesarios para permanecer en el territorio del Estado miembro ni una dirección en la que pueda residir.

(222) Según los apdos. 36 y 37.

(223) Apdos. 41 y 42.

detenida a una persona por el mero hecho de ser solicitante de asilo, y, si así sucede, los Estados miembros deben velar por que exista una revisión judicial rápida, y en todo caso tal detención sigue un régimen jurídico diferente al del internamiento a efectos de expulsión<sup>(224)</sup>. El periodo de duración de la resolución de un recurso se computa como plazo del internamiento a efectos de expulsión si el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal<sup>(225)</sup>. Si no fuera así, la duración del internamiento a efectos de expulsión podría variar de un caso a otro en un Estado miembro, lo que sería contrario al objetivo de la directiva<sup>(226)</sup>. En todo caso la suspensión de la decisión de expulsión a causa de un recurso jurisdiccional planteado por el interesado no forma parte de los motivos de prolongación del periodo de internamiento<sup>(227)</sup>. Los plazos máximos tienen la finalidad de limitar la privación de libertad de un individuo, ponen un límite a la duración del internamiento a efectos de expulsión, pero no a la ejecución del procedimiento de expulsión como tal<sup>(228)</sup>. No existe perspectiva razonable de expulsión cuando, agotados los plazos del internamiento, no se ha concluido ningún acuerdo de readmisión con terceros para su salida del territorio de la UE, o cuando parezca poco probable que el interesado sea admitido en un tercer Estado<sup>(229)</sup>, en cuyo caso el afectado debe ser puesto inmediatamente en libertad<sup>(230)</sup>. Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente<sup>(231)</sup>. La posibilidad de poner en situación de internamiento a una persona por razones de orden público y de seguridad pública no puede tener fundamento en la Directiva 2008/115<sup>(232)</sup>.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

En un análisis del proceder de la UE se llega a la conclusión de que, desde diversas perspectivas, ya sea la jurídica, la económica, la política, etc., centra sus esfuerzos en luchar contra la inmigración ilegal desde hace varias décadas. Ha endurecido sus políticas, acciones y normas jurídicas para combatirla desdeñando a quienes sufren o están atrapados por ella. Dicho de otro modo, se ha centrado en una figura abstracta y objetiva como es la inmigración ilegal, en detrimento de otra más concreta y subjetiva conformada por los inmigrantes en situación irregular, a quienes considera como una parte más de este fenómeno, reto o problema que conviene atajar. El planteamiento no es baladí, puesto que, en el primer caso, las respuestas que se exigen son las propias de la soberanía nacional que

---

(224) Apdos. 44 y 45.

(225) Apdo. 49.

(226) Apdo. 54.

(227) Apdo. 52.

(228) Apdo. 56.

(229) Apdos. 59 y 66.

(230) Apdo. 60.

(231) Apdo. 63.

(232) Apdo. 70.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

---

ejerce *motu proprio* cada Gobierno estatal con plena autonomía, donde la UE sería un reflejo de la coordinación de este tipo de actuaciones; mientras que en el segundo se vería compelida a actuar respetando los compromisos internacionales adquiridos y las tradiciones constitucionales de sus Estados miembros que le imponen el deber de preservar toda una serie de derechos humanos y libertades fundamentales que protegen a los inmigrantes en situación irregular porque también son seres humanos.

Desde un punto de vista dogmático, no cabe duda de que desde la UE se quieren respetar y *grosso modo* se respetan los derechos humanos del colectivo de inmigrantes en situación irregular. Es en este marco protector en el que se enmarcan las normas de derecho derivado ya analizadas, entendido como límites infranqueables en las actuaciones que deben llevarse a cabo para el cumplimiento de los objetivos que persiguen. Es también el sincero deseo de reputada doctrina europea cuando defiende que «el enfoque de las cuestiones relativas a la inmigración y, por ende, al establecimiento de políticas al respecto se debe hacer, necesariamente, desde la perspectiva del respeto y protección de los derechos humanos»<sup>(233)</sup>. Y así parecen haberlo constatado las instituciones europeas al remarcar que «los inmigrantes ilegales están protegidos por las normas universales de los derechos humanos y deben gozar de ciertos derechos fundamentales»<sup>(234)</sup>. Más problemático parece determinar qué derechos deben reconocerse a los inmigrantes en situación irregular. Por ejemplo, la Comisión europea se ha mostrado partidaria de que se les apliquen los arts. 3, 5, 6, 8, 13 y 14 de la convención europea de los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>(235)</sup>.

En la práctica, se percibe una falta de uniformidad en el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes irregulares en toda la UE, lo que se traduce en numerosas dicotomías y diferencias entre los derechos internos estatales. Las normas anteriormente analizadas, con sus diferentes propósitos, tan solo establecen en su articulado un mínimo común denominador que obliga a todos y cada uno de los Estados miembros de la UE. Lo que significa simplemente que no buscan la total unificación normativa en todo el territorio de la Unión, sino, con menos ambición, armonizar, para que no desafíe o chirríe demasiado entre sí, la pluralidad de normas estatales susceptibles de aplicación a los inmigrantes en situación irregular. Aplicación que, como ha quedado demostrado, en la mayor parte de los casos es colateral más que central puesto que se concentra en las sanciones a los transportistas y a los empleadores, en el tráfico y en la trata de seres humanos o en el intercambio de información y de datos; y, en menor medida, en la expulsión, el alejamiento y el retorno<sup>(236)</sup>.

El TJUE está desarrollando una encomiable labor en el ámbito del reconocimiento de la protección de los derechos de estos inmigrantes, no solo desde la perspectiva de sancio-

---

(233) DÍAZ BARRADO, C.M., «Algunos aspectos de las políticas en materia de inmigración: derechos humanos y acción diplomática de los estados», A. G. CHUECA SANCHO, V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO e I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coords.), *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, Huygens, Barcelona, Fundación Tres Culturas del Mediterráneo, Sevilla, 2009, pp. 197- 210, esp. p. 197.

(234) COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europea y al Comité de las regiones sobre «la inmigración, la integración y el empleo» [COM (2003) 336 final] de 03-06-2003, pp. 26-27.

(235) *Ibidem supra not.*

(236) Tres situaciones que, a diferencia de lo anterior, sí que inciden directamente en los inmigrantes en situación irregular.

nar el incumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Estados miembros por no haber incorporado a su derecho interno algunas directivas, sino también desde las interpretaciones que efectúa en vía prejudicial de disposiciones de normas de derecho derivado, del TFUE y de la CEDF que aseguran su aplicación mucho más garantista. Como ya ha sido apuntado, ha dictaminado, entre otras cosas, que el derecho de la UE se opone a una pena de prisión que impida la expulsión de un inmigrante irregular si éste no ha cometido un delito, obliga a todo Estado miembro a imponer sanciones penales a un traficante de personas, que permite sancionar la situación irregular de nacionales de terceros con una multa sustituible por expulsión, pero, sin embargo, se opone a que se sustituya por un arresto domiciliario si no hay garantías de que finalice tan pronto como sea posible el traslado del inmigrante en situación irregular fuera del territorio de la UE. Ha sido contundente al afirmar que la imposición de sanciones a los inmigrantes en irregularidad debe respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales tal y como se garantizan en el derecho internacional y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Y, en fin, ha abordado con detenimiento el procedimiento que debe aplicar cada Estado miembro al retorno de estos inmigrantes siguiendo el orden de sus diferentes fases y estableciendo límites temporales, espaciales y materiales; remarcando, dentro de estos últimos, el respeto de los derechos humanos de los inmigrantes en situación irregular.

De todos modos, partiendo de la premisa fáctica de su situación, su irregularidad, y de la jurídica de que corresponde a los Estados miembros la potestad de reconocerles por ley ciertos derechos, es obvio que los inmigrantes en situación irregular ni virtual ni realmente disfrutan de las mismas prerrogativas ni de idénticas libertades que los inmigrantes en situación regular. Aun así, se detecta una tendencia manifiesta a una extensión del reconocimiento de sus derechos por diversas vías, como, por ejemplo, mediante la ampliación de los derechos propios de la figura de la ciudadanía de la Unión. Un buen exponente es, sin lugar a dudas, el asunto *Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi (ONEm)*<sup>(237)</sup> en el cual el TJUE señaló que el art. 20 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un tercer Estado que asume la manutención de hijos de corta edad, ciudadanos de la UE, la residencia en el Estado miembro de residencia de estos, del cual son nacionales y, por otro, deniegue a dicho nacional de un tercer Estado un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.

En este terreno se percibe una línea muy obtusa, roma y difuminada entre dos valores que se hallan constantes en el ordenamiento jurídico de la UE: el de la libertad y el de la seguridad. Detrás de la primera se sitúa la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todo ser humano y, por ende, el de todo inmigrante en situación irregular. Por su parte la segunda pone énfasis en la necesidad que tiene todo Estado de poner orden en su territorio, de defender sus prerrogativas, de imponer sus normas y, en definitiva, ejercer su propia soberanía. El resultado de esta tensión produce algunos desequilibrios, que favorecen la mayor parte de las veces la seguridad por las medidas repre-

---

(237) Sentencia del tribunal de justicia (gran sala) de 8 de marzo de 2011, as. C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi (ONEm)*, rec. 2011.

## I. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

---

sivas, policiales y penales que se adoptan y en menor medida en ocasiones benefician la libertad. Buena prueba de ello es el contenido de las normas europeas que intentan hacer frente a los peligros que estos inmigrantes plantean al orden público, a su seguridad interior, al mercado de trabajo estatal, etc.

La realidad de las cosas muestra a las claras que no siempre la teoría jurídica es susceptible de aplicación al caso concreto. En ocasiones un inmigrante en situación irregular no puede ser retornado, ni expulsado porque, por ejemplo, le es aplicable el principio de no devolución o porque no hay países dispuestos a aceptar su acogida<sup>(238)</sup>. En estos casos los Estados miembros deben mantener la generosidad que han acreditado a lo largo de varias décadas y optar con sentido común por la concesión de un permiso de residencia por razones humanitarias. Debería apostarse además por una aplicación mucho más avanzada y uniforme del derecho de la UE por parte de los Estados miembros, para lo cual se requiere con urgencia que los profesionales del derecho, sobre todo jueces y magistrados estatales, pero también abogados, fiscales y otros, conozcan con mayor profundidad y detenimiento el derecho de la Unión en general y la *praxis* del TJUE en particular<sup>(239)</sup>. Mientras tanto el deber de lealtad de las Administraciones estatales en la aplicación de las normas europeas para asegurar su verdadera eficacia queda relativamente entredicho. Debemos ser conscientes de que las denuncias que llegan a los tribunales y más al TJUE conforman únicamente la punta del iceberg, puesto que la inmensa mayoría de las vulneraciones de derechos humanos de los inmigrantes irregulares nunca son denunciadas: el miedo al despido, a la expulsión o a ir a la cárcel, la falta de información apropiada o la falta de recursos económicos, etc., impiden numerosas demandas. Y, en fin, por concluir con estas reflexiones cabe la posibilidad de que para solucionar la vulneración de los derechos humanos de los inmigrantes en situación irregular se plantee conflicto de normas, de derecho interno, de derecho de la UE y de derecho internacional del Consejo de Europa, cuestión ésta que merecería nuevas y puntuales reflexiones.

---

(238) Ver a este respecto la sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 6 de diciembre de 2012, as. *Sagor*, *loc. cit.*, sentencia del tribunal de justicia (gran sala) de 6 de diciembre de 2011, as. *Achughbajian*, *loc. cit.*, etc.

(239) España, como un buen número de Estados miembros, presenta a este respecto un déficit cada vez más exorbitante pues, como ha quedado acreditado, en las actuales universidades ni los nuevos planes de estudio universitario ni los masters aportan las convenientes soluciones.



## II. LA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO<sup>(\*)</sup>

EDUARDO MARTÍN PUEBLA

*Profesor Titular. Universidad de Salamanca*

### RESUMEN

#### **La política común de inmigración de la Unión Europea y la Directiva del permiso único**

La aprobación de la Directiva 2011/98/UE, por la que se establece un procedimiento único de solicitud y un permiso único de residencia y trabajo para los nacionales de terceros países, así como un conjunto de derechos para los trabajadores que residan legalmente en un estado miembro, supuso la culminación de un largo proceso tendente a armonizar ciertos aspectos de la inmigración económica hacia Europa. La Directiva se inserta, pues, en el proceso de construcción de una política común de inmigración en la Unión Europea, prevista como tal en el Tratado de Ámsterdam y cuya acta fundacional se remonta a la cumbre europea de Tampere de 1999. Este estudio recorre las principales fases de la elaboración de la política común de inmigración y analiza sistemáticamente los principales aspectos de la Directiva 2011/98/UE. Finalmente, el estudio se detiene en la normativa española sobre inmigración y extranjería para verificar su adecuación a las exigencias de la normativa comunitaria

**Palabras clave:** Política común de inmigración, procedimiento único de solicitud, permiso único de residencia y trabajo, derechos de los trabajadores de terceros países.

### ABSTRACT

#### **The common policy on immigration in the European Union and the Directive on a single permit**

The entry into force of the Directive 2011/98/EU, on a single application procedure for a single permit for the third country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third country workers legally residing in a Member State is the last step in the long process of developing a common immigration policy whose foundations lay in the Treaty of Amsterdam and in the Tampere Summit (1999). This essay analyzes the major steps of this process as well as the key aspects of the Directive 2011/98/EU. Finally, it focuses on the spanish immigration law to check its adequacy to the european law principles.

**Key words:** Common immigration policy, single application procedure, single permit to reside and work, rights for third country workers.

---

(\*) Este trabajo se elaboró en gran parte durante del estancia del autor en el *Institute for International Integration Studies* (Trinity College Dublin), en calidad de *research visitor*, desde septiembre de 2011 a febrero de 2012. El autor quiere agradecer al Director y al personal del Instituto la cálida acogida recibida, así como a los colegas iuslaboralistas con los que tuvo ocasión de intercambiar opiniones y puntos de vista durante el periodo de estancia.

---

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA INMIGRACIÓN ECONÓMICA.
  - III. LA DIRECTIVA 2011/98/UE, DEL «PERMISO ÚNICO».
    - 1. Finalidad y definiciones.
    - 2. Garantías procedimentales.
    - 3. Derechos del titular del permiso.
  - IV. EL RÉGIMEN DEL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2011/98/UE.
- 

I. INTRODUCCIÓN

Los flujos de población de unos países a otros y de unas regiones o áreas del planeta a otras —esto es, lo que hoy conocemos con la expresión «migraciones internacionales»— se enmarcan en la actualidad en el fenómeno más amplio de la globalización<sup>(1)</sup>. Aunque a lo largo de la historia siempre ha habido movimientos de población a gran escala —baste recordar la migración europea hacia América desde mediados del siglo XIX hasta el estallido de la Primera Guerra Mundial—, las migraciones actuales se caracterizan por su escala mundial, afectando a prácticamente todas las regiones del mundo —las migraciones internacionales, se ha dicho, constituyen una dinámica central dentro de la globalización—, su centralidad en las políticas interna e internacional y sus consecuencias económicas y sociales<sup>(2)</sup>. El proceso de integración europea no podía permanecer ajeno a un fenómeno que ha marcado, y lo continúa haciendo en la actualidad, el desarrollo económico, social y cultural de Europa: «los emigrantes han efectuado aportaciones esenciales de todo tipo a lo largo de la historia a los diversos países europeos, como lo hacen todavía hoy, pero la emigración continúa siendo objeto de controversia en Europa debido al miedo de que importantes flujos migratorios puedan debilitar la economía o amenazar la convivencia social y los valores en los que se apoya. Hay importantes diferencias dentro y entre los Estados miembros de la Unión Europea en el tratamiento de la emigración, que se deben no solo a estas diver-

---

(1) Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones: «Una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos», COM (2008) 359 final. Bruselas, 17-6-2008. Además de la globalización, «entre los principales factores que fomentan o reducen la movilidad internacional de las personas se cuentan las diferencias económicas entre los países en desarrollo y los desarrollados, (...) el comercio, los problemas de carácter político y la inestabilidad en los países de origen, y las posibilidades de encontrar trabajo en los países desarrollados».

(2) Vid. CASTLES, S. & MILLER, M. J., *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*, Palgrave-MacMillan, 4.ª ed., 2009, pp. 2 y ss.

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

gencias sino también al hecho de que las diferencias históricas entre los Estados han dado como resultado diferentes modelos de migración»<sup>(3)</sup>.

La emigración se ha incorporado tarde a la agenda política de la Unión Europea y, cuando lo ha hecho, el avance ha sido lento y trabajoso. Las políticas de asilo y de inmigración aparecen como asuntos de interés común para los Estados miembros en el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), formando parte del tercer pilar, de carácter intergubernamental, que sustentaba la Unión. Se trataba entonces de instaurar una forma de cooperación entre Estados soberanos, reconociendo un papel limitado a las instituciones propias de la Comunidad Europea en el proceso de toma de decisiones. Pero este método se reveló inadecuado para abordar de forma eficiente y decidida los retos que planteaban los flujos migratorios desde países terceros hacia los Estados miembros de la Unión Europea. Aspectos como la exigencia de unanimidad para la toma de decisiones, la ausencia de control democrático y de legalidad por parte del Parlamento Europeo y del Tribunal de Justicia respectivamente, así como el solapamiento en algunos temas con el primer pilar y la propia ambigüedad de sus instrumentos de actuación —posiciones y acciones comunes— impedían avanzar de forma decidida hacia una mayor coordinación e integración política en estos ámbitos<sup>(4)</sup>. Por ello, la reforma del tercer pilar asumió un papel protagonista en la Conferencia Intergubernamental de la que surgiría el Tratado de Ámsterdam. Se trataba sobre todo de aprovechar y trasladar a este ámbito las ventajas del método comunitario tradicional: protagonismo de la Comisión en el proceso legislativo (monopolio de la iniciativa y control del mismo), codecisión del Consejo y del Parlamento, voto por mayoría cualificada en el Consejo, y control de legalidad por parte del Tribunal de Justicia.

Las principales aportaciones del Tratado de Ámsterdam consistieron en la transferencia íntegra de la política de inmigración y asilo del tercer pilar al primero, pero diseñando al mismo tiempo un «traje a la medida» de las exigencias de los Estados miembros en estas materias, con la posibilidad concedida a algunos Estados de quedar al margen de la normativa que se dicte —cláusulas de *op-out* para el Reino Unido, la República de Irlanda y Dinamarca—, así como ciertas peculiaridades previstas para el periodo inicial en el proceso de toma de decisiones: iniciativa compartida entre la Comisión y los Estados, exigencia de unanimidad en el Consejo acompañada de un mero derecho de consulta del Parlamento Europeo y control limitado del Tribunal de Justicia<sup>(5)</sup>. El Tratado de Ámsterdam procedió

---

(3) PEERS, Steven, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, 3.ª ed., 2011, p. 382.

(4) Vid. DEN BOER, Monica, «An Area of Freedom, Security and Justice: Bugged Down by Compromise», *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, ed. por D. O'KEEFFE y P. TWOMEY, Hart Publishing, Oxford/Portland (Oregon), 1999, pp. 305 y ss. Se refiere la autora a las «vulnerabilidades» del proceso legislativo bajo el régimen de Maastricht, que han desembocado en un sistema de toma de decisiones «bastante caprichoso e impredecible». En relación con la política de asilo, vid. BANK, Roland, «The Emergent EU Policy on Asylum and Refugees. The New Framework Set by the Treaty of Amsterdam: Landmark or Standstill», *Nordic Journal of International Law*, núm. 68, 1999, pp. 6 y ss.

(5) Vid. DE WITTE, Bruno, «The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?», en *The European Union after Amsterdam. A legal Analysis* (T. HEUKEL, N. BLOKKER y M. BRUS, eds.), Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston, 1998, p. 56. O'KEEFFE, David, «Can the Leopard Change its Spots. Immigration and Asylum following Amsterdam», *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, cit., p. 276: para este autor la que inaugura el Tratado de Ámsterdam es una etapa intermedia entre la cooperación intergubernamental y la comunitarización plena, un régimen interino que combina elementos de los anteriores durante una etapa de transición.

asimismo a la integración del sistema de Schengen, surgido inicialmente como una forma de cooperación intergubernamental al margen del método comunitario, en el ámbito de la Comunidad Europea. Finalmente, el Tratado de Ámsterdam, además del marco normativo para la nueva política<sup>(6)</sup>, estableció un auténtico programa de trabajo, a desarrollar en el plazo de cinco años desde su entrada en vigor, que afectaba directamente a los temas relativos a inmigración, asilo, cruce de fronteras y aspectos complementarios<sup>(7)</sup>.

Para concluir esta breve reseña sobre la evolución del tratamiento de la inmigración en el derecho originario de la Unión Europea, es preciso dejar constancia de que el Tratado de Lisboa, continuando la senda trazada por el Tratado de Ámsterdam, y asumiendo en su integridad la letra y el espíritu del fallido Tratado Constitucional<sup>(8)</sup>, sanciona el compromiso de la Unión con el desarrollo de «una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países» (art. 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). Se trata, pues, en la formulación más completa del art. 79.1 TFUE, de impulsar y poner en práctica «una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas». A estos efectos «el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes:

a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los estados miembros de expedición de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;

b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños» (art. 79.2 TFUE).

El apartado 5 del art. 79 garantiza por su parte que dichas previsiones no afectarán «al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de

---

(6) Vid. O'KEEFFE, David, «Can the Leopard Change its Spots. Immigration and Asylum following Amsterdam», *op. cit.*, p. 272.

(7) Vid. DE ZWAAN, J. y VROUENRAETS, M., «The Future of the Third Pillar: an Evaluation of the Treaty of Amsterdam», en *The European Union after Amsterdam, A legal Analysis, cit.*, pp. 208-209.

(8) Vid. al respecto, PEERS, Steve, «Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon», *European Journal of Migration and Law*, núm. 10, 2008, pp. 219 y ss.

La principal novedad en relación con el Tratado de Ámsterdam es la atribución de competencia a la UE en relación con pasaportes, permisos de residencia, carnets de identidad y documentos análogos, único aspecto del Título V del TFUE que el art. 77.3 somete al procedimiento legislativo especial, que implica exigencia de unanimidad y consulta al Parlamento Europeo. El Tratado Constitucional había previsto esta misma competencia en el contexto relativo a la ciudadanía; el cambio al Título V implica la aplicación de la cláusula de *opt-out* del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

*nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia».*

La principal aportación del Tratado de Lisboa en este ámbito institucional consiste, pues, en la generalización del procedimiento legislativo ordinario a todas las medidas que se adopten, incluida la inmigración legal, único aspecto del mismo en el que regía aun la exigencia de unanimidad en el Consejo<sup>(9)</sup>. Ello ha permitido la aprobación de un importante bloque de directivas que permanecían bloqueadas precisamente por el poder de veto que la exigencia de unanimidad concedía a un solo Estado<sup>(10)</sup>.

Por su parte, el art 68 TFUE encomienda al Consejo Europeo la definición «de las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia», tarea que ya venían desempeñando con anterioridad los jefes de Estado y de gobierno, como lo demuestran los sucesivos programas de actuación aprobados desde la entrada en vigor en 1999 del Tratado de Ámsterdam —programas de Tampere (1999), La Haya (2004), y Estocolmo (2009)—. Las decisiones del Consejo Europeo, sin tener carácter legislativo<sup>(11)</sup>, tienen un valor político de primer orden en la medida en que orientan y sirven de guía al resto de las instituciones en sus tareas legislativas<sup>(12)</sup>.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam permitió que el Consejo Europeo, reunido en la ciudad finlandesa de Tampere en octubre de 1999<sup>(13)</sup>, impulsara la adopción de un programa de actuación, a desarrollar durante un periodo de cinco años, para garantizar la libre circulación de personas, así como medidas complementarias en materia de control de fronteras exteriores, asilo e inmigración. El programa se articulaba alrededor de cuatro ejes:

- Gestión de flujos migratorios;
- Un trato justo para nacionales de terceros países;
- Un régimen común de asilo;
- La colaboración con los países de origen.

Las mayores dificultades para la puesta en marcha de este programa provinieron de la exigencia de unanimidad en el Consejo para la aprobación de las medidas correspondientes. La comunicación de la Comisión relativa al balance de los resultados de este reconoce

---

(9) Sobre las aportaciones del Tratado de Lisboa a la política común de inmigración, *vid.* PEERS, Steve, «Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon», *cit.*, p. 223. Observa este autor que estos principios reproducen los acordados por los Jefes de Estado y de Gobierno en la cumbre de Tampere (1999), formando parte desde entonces del preámbulo de la normativa dictada en materia de asilo e inmigración. *Vid.* asimismo, de dicho autor, *EU Justice and Home Affairs Law*, *cit.*, p. 49.

(10) *Vid.* PEERS, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, *op. cit.*, p. 390.

(11) El art. 68 TFUE se inscribe en la línea marcada por el art. 15.1 TUE, que atribuye al Consejo Europeo la función de dar a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo definiendo sus orientaciones y prioridades políticas generales, sin ejercer función legislativa alguna.

(12) *Vid.* PEERS, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, *cit.*, p. 50.

(13) Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. La importancia de esta cumbre reside en el hecho de que por vez primera los Jefes de Estado y de gobierno definen políticamente el marco político en el que desean que se desarrolle la política común de la UE en materia de inmigración y asilo.

que los Estados mostraron cierta reticencia a comprometerse a cooperar en el nuevo marco europeo, tendiendo a favorecer los intereses nacionales en lugar de las prioridades acordadas conjuntamente<sup>(14)</sup>. El contexto de terrorismo internacional en los años iniciales del nuevo siglo —atentados de Nueva York en 2001, Madrid en 2004 y Londres en 2007— explica que la agenda política durante este periodo se centrara en temas de seguridad y que las medidas legislativas se dirigieran prioritariamente a prevenir y reprimir la inmigración ilegal. La necesidad de contar con la colaboración de los países emisores de inmigrantes para ordenar los flujos migratorios y prevenir la inmigración ilegal explica la incorporación de la política de inmigración a la política exterior, que se manifiesta en la exigencia de que todo futuro acuerdo de cooperación o de asociación con un tercer país contenga una cláusula sobre gestión de la inmigración y readmisión obligatoria como mecanismo de lucha contra la inmigración clandestina (Consejo Europeo de junio de 2002).

Así pues, durante el arco temporal cubierto por el programa de Tampere (1999-2004) la acción de la Comunidad no se centró tanto en la ordenación de la inmigración legal sino en la lucha contra la inmigración ilegal, como ponen de manifiesto tanto la documentación emanada de las instituciones comunitarias, la Comisión fundamentalmente, como las Directivas aprobadas durante dicho periodo. En una fecha tan temprana como la primavera del 2001 ya se había aprobado una directiva relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE), que posibilita el reconocimiento y la aplicación por un Estado miembro de las decisiones de expulsión adoptadas por otro en relación con nacionales de terceros países que hayan cometido algún delito o se encuentren en situación irregular. En abril de 2002 la Comisión aprobó el «Libro Verde relativo a la política comunitaria de retorno de los emigrantes ilegales» [COM (2002) 175 final] con el objetivo de generar un debate entre las instituciones políticas y organizaciones de la sociedad civil en relación con las medidas a adoptar para frenar la inmigración ilegal sobre la base del obligado retorno de los inmigrantes irregulares a sus países de origen.

Consciente de las dificultades de articular y de poner en práctica una política efectiva de retorno de los inmigrantes en situación irregular, el Libro Verde reconoce que, para que una política de este tipo tenga éxito, es preciso contar con la colaboración estable de los países de origen y de tránsito, para lo cual se precisa intensificar la comprensión y la cooperación mutuas; esta última es crucial en todas las etapas y a todos los niveles de los procedimientos de retorno: obtención de los documentos de viaje necesarios, procedimiento de readmisión en los puntos de entrada en el país, etc. Por todo ello el documento propone explorar las vías más adecuadas para facilitar el retorno y la integración de los inmigrantes en sus países de origen a través de acuerdos de readmisión y de otros instrumentos complementarios.

Al programa de Tampere le sucedió en 2005 el programa de La Haya aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas en noviembre de 2004. En el nuevo programa, estructurado en tres orientaciones específicas —consolidación de la libertad y de la seguridad y refuerzo de la justicia—, los temas relacionados con la inmigración y la integración de ciudadanos

---

(14) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones», Bruselas, 2-6-2004. COM (2004) 401 final.

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

de terceros países ocuparon un papel relevante. Entre las principales ideas e iniciativas del programa en este ámbito se incluyó una invitación a la Comisión para presentar un plan de inmigración legal que incluyera procedimientos de admisión capaces de responder a las fluctuantes demandas de trabajo de los inmigrantes en el mercado laboral<sup>(15)</sup>.

El plan de acción para la puesta en práctica del programa de La Haya<sup>(16)</sup> establecía entre sus prioridades la necesidad de definir un planteamiento equilibrado de los flujos migratorios, que se ocupara tanto de la migración legal como de la ilegal, desarrollando una política común de inmigración que abordara la situación de los inmigrantes legales a escala de la Unión e intensificara al mismo tiempo la lucha contra la inmigración ilegal. La política común debía definir procedimientos y criterios de admisión que ofrecieran un estatuto legal seguro y derechos garantizados.

Por su parte, la gestión de la inmigración económica fue objeto en 2005 de un nuevo Libro Verde<sup>(17)</sup> con el que se pretendía abrir un debate amplio en el que participaran todas las partes interesadas en la política de admisión de inmigrantes económicos. Partiendo de la base de que la economía europea tendrá necesidad en el futuro de flujos migratorios sostenibles para hacer frente a las necesidades del mercado de trabajo, se planteaba la urgencia de elaborar una política común de inmigración económica que estableciera criterios comunes de admisión y ofreciera un estatuto seguro a los inmigrantes que contribuyera a su integración en la sociedad de acogida y frenara la inmigración ilegal. El documento partía de la base de que correspondía a los Estados miembros adoptar la decisión relativa al número de inmigrantes económicos a admitir, pero dado que dichas decisiones pueden afectar potencialmente al resto de los Estados, era necesario establecer criterios comunes de admisión de inmigrantes económicos. A partir de aquí el Libro Verde analizaba los principales aspectos o cuestiones clave sobre los que debía girar el debate, como el nivel de armonización que se pretendía alcanzar —que en un primer momento debía limitarse a la fijación de definiciones, criterios y procedimientos de actuación comunes—; los procedimientos de admisión para trabajar por cuenta ajena y para trabajar por cuenta propia; el alcance del principio de preferencia comunitaria, las solicitudes de permiso de trabajo y de residencia; la conveniencia de establecer un procedimiento único para ambos; la posibilidad de diferenciar los derechos de los inmigrantes en función de la duración de la estancia; y, finalmente, las medidas complementarias dirigidas a la integración, repatriación y cooperación con terceros países.

El mandato del programa de La Haya de presentar un plan de migración legal que incluyera procedimientos de admisión capaces de dar respuesta a las demandas del mercado de trabajo se concretó en la adopción por parte de la Comisión de un nuevo documento elaborado sobre la base de los temas y las sugerencias que afloraron durante el debate

---

(15) Se insiste además en el desarrollo de una política de integración, la dimensión exterior y la lucha contra la inmigración ilegal.

(16) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, seguridad y justicia», COM (2005) 184 final, Bruselas, 10-05-2005.

(17) COM (2005) 811 final, de 11 de enero de 2005.

abierto en el proceso de discusión del Libro Verde referido<sup>(18)</sup>. La falta de apoyo de los Estados miembros a un enfoque horizontal de la inmigración económica que abarcara al conjunto de inmigrantes o de potenciales inmigrantes por motivos económicos condujo a la Comisión a la adopción de un paquete de propuestas dirigidas a específicas categorías de inmigrantes, que se completaría con una norma que definiera los derechos de los inmigrantes una vez admitidos en el territorio de un Estado miembro. De esta forma se propuso la adopción de un conjunto de directivas sectoriales relativas a la admisión de trabajadores altamente cualificados, en relación con los cuales se proponía la posibilidad de conceder un permiso válido para toda la Unión (*the EU green card*); de trabajadores temporales, que habitualmente trabajan en ciertos sectores de forma ilegal; de trabajadores trasladados por sus empresas a otro país; y de trabajadores en prácticas. Todas estas propuestas fueron aprobadas a lo largo de 2009. El documento se completaba con sugerencias relativas a la política de integración de los inmigrantes y a la política de colaboración con terceros países.

Antes de la expiración del programa de La Haya, el Consejo Europeo de octubre de 2008 alcanzó un Pacto en materia de inmigración y de asilo con el objetivo de dar un nuevo impulso a la definición de una política común en estos ámbitos. El Pacto, que tiene un valor eminentemente político, se integra por cinco compromisos, cuya puesta en práctica debía producirse en el marco del programa destinado a suceder al programa de La Haya. Los dos primeros se refieren a la organización de la inmigración legal y al combate contra la inmigración irregular, para lo cual se proponía tener en cuenta las prioridades, necesidades y capacidad de acogida de los Estados, y garantizar el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular. El contenido del Pacto se complementa con aspectos referidos a la eficacia de los controles fronterizos, la política de asilo y la colaboración con terceros países.

El seguimiento del Pacto se efectúa a través de informes anuales que realiza la Comisión; el primero de los cuales, correspondiente a 2009, se publicó en mayo de 2010<sup>(19)</sup>. El texto destaca los avances conseguidos en los diferentes ámbitos del mismo, recogiendo ciertas recomendaciones para avanzar en su aplicación. En relación con la inmigración laboral se afirma que por lo general se efectúa teniendo en cuenta las necesidades del mercado laboral y el principio de preferencia comunitaria, debiéndose mejorar el ajuste entre oferta y demanda de trabajo y el reconocimiento de las cualificaciones. Se destacan también los avances logrados en la lucha contra la inmigración irregular. El tercer Informe<sup>(20)</sup>, correspondiente a 2011, pone de relieve los progresos realizados durante este ejercicio, entre ellos la directiva del «permiso único» que se examinará posteriormente, y las iniciativas en marcha<sup>(21)</sup>, abordando a continuación aspectos como la salvaguardia de las fronteras exteriores de la Unión, la política común de visados y la gobernanza Schengen.

---

(18) Comunicación de la Comisión, «Plan de política en materia de migración legal», COM (2005) 669 final. Bruselas, 21-12-2005.

(19) Primer Informe anual sobre inmigración y asilo [COM (2010) 214 final]. Bruselas, 6-05-2010. El segundo Informe se hizo público a través de la comunicación de la Comisión COM (2011) 291 final.

(20) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. III Informe anual sobre inmigración y asilo (2011), Bruselas 30-5-2012, COM (2012) 250 final.

(21) Entre ellas una propuesta de directiva relativa al empleo estacional COM (2010) 379 final, y otra relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de un traslado dentro de la misma empresa, Bruselas, 13-7-2010. COM (2010) 378 final. Con esta última se trata de «abordar la necesidad que tienen las

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

---

Al programa de La Haya le sucedió el programa de Estocolmo, que cubre el periodo 2010-2014<sup>(22)</sup>. Las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de diciembre de 2009 establecen como objetivo político clave para la Unión el desarrollo de una política europea de inmigración previsoras y global, basada en la solidaridad y la responsabilidad. En el nuevo programa los temas relacionados con la inmigración se agrupan en torno a dos rúbricas:

- *Acceso a Europa en un mundo globalizado.*
- *Una Europa de responsabilidad, solidaridad y colaboración en los ámbitos de la inmigración y el asilo.*

La primera cubre aspectos como la gestión integrada de las fronteras exteriores y la política de visados. La segunda insiste de nuevo en la importancia de desarrollar un marco político europeo general y sostenible de migración y asilo que permita gestionar las fluctuaciones de flujos migratorios en colaboración con terceros países, y en la necesidad de mejorar la coherencia entre las políticas de migración y otras políticas con las que interactúa, como la política exterior, de desarrollo, comercio, empleo, etc. Los nuevos objetivos y prioridades en materia de política de inmigración se proyectan sobre siete ámbitos, estableciendo para cada uno de ellos un análisis de la situación y una serie de iniciativas y medidas a adoptar, que se sintetizan a continuación. La política de migración dinámica y global que propugna el programa debe, entre otros aspectos:

- Contribuir a la consolidación, desarrollo y aplicación del Enfoque Global de la Migración en la UE. La política de migración debe formar parte de la política exterior de la Unión de conformidad con los principios que inspiran dicho enfoque.
- Tener en cuenta las relaciones entre migración y desarrollo, tratando de aprovechar al máximo los efectos positivos que tiene la emigración sobre el desarrollo a través de la colaboración entre los países de origen y de destino.
- Ser concertada y adaptarse a las necesidades del mercado laboral nacional, fomentando la creación de sistemas de admisión flexibles que den respuesta a las necesidades de los Estados y permitan a los migrantes aprovechar sus cualificaciones y competencias.
- Buscar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida a través de una cooperación a nivel.
- Integrar políticas eficaces para luchar contra la inmigración ilegal a través de la gestión integrada de fronteras, la cooperación con los países de origen y de tránsito y una política de retorno efectiva y sostenible.
- Contemplar la problemática de los menores no acompañados, que representan un grupo especialmente vulnerable que requiere una atención especial y respuestas específicas.

---

empresas multinacionales de trasladar más fácilmente a personal altamente cualificado a sus instalaciones y empresas afines situadas en la UE, superando el tropel de normativas y trámites diferentes de los Estados miembros».

(22) Consejo Europeo, Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, DOUE 2012/C.

El programa de Estocolmo cuenta con un plan de acción aprobado por la Comisión<sup>(23)</sup> que fija como objetivo fundamental consolidar una auténtica política común de inmigración y asilo basada en el establecimiento de marcos nuevos y flexibles para la admisión de inmigrantes legales. Ello debe permitir a la Unión adaptarse a la creciente movilidad y a las necesidades de los mercados de trabajo nacionales respetando las competencias de los Estados en este ámbito. Como ejes de la actuación de la UE se fijan los siguientes:

- Alcanzar un nivel uniforme de derechos y obligaciones de los inmigrantes legales comparable al de los ciudadanos europeos.
- La prevención y reducción de la inmigración irregular.
- La asociación con terceros países de origen y de tránsito.

El plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo<sup>(24)</sup> se concreta en un listado de acciones a llevar a cabo con indicación de la institución responsable, por lo general la Comisión, y el calendario de aplicación<sup>(25)</sup>.

## II. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA INMIGRACIÓN ECONÓMICA

Como se ha indicado con anterioridad, el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 abogó por el desarrollo de una política común de inmigración y asilo, así como por una política de integración más activa dirigida a reconocer a los nacionales de terceros países residentes legales derechos y obligaciones comparables a las de los ciudadanos de la EU. Durante el periodo de vigencia del programa de Tampere (1999-2004) se adoptaron cuatro directivas relacionadas con la admisión de inmigrantes legales:

- Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reunificación familiar;
- Directiva 2004/109/CE, sobre el estatus de los residentes de larga duración nacionales de terceros países;
- Directiva 2004/114/CE, sobre las condiciones de admisión de nacionales de terceros países con el objetivo de estudios, intercambio de alumnos, practicas no remuneradas o servicio voluntario;
- Directiva 2005/71/CE, sobre la admisión de investigadores.

---

(23) Comunicación de Comisión «Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia», COM (2010) 171 final. Bruselas, 20-04-2010.

(24) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos», Bruselas, 20-04-2012, COM (2010) 171 final.

(25) Las acciones más relevantes relacionadas con la política de inmigración son la aprobación de una serie de directivas, relativas a las condiciones de admisión de nacionales de terceros países en el marco de un traslado dentro de la empresa; las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo estacional; informes sobre la aplicación de las Directivas 2003/109/CE, y 2005/71/CE; y la elaboración de un Libro verde sobre el derecho a la reagrupación familiar.

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

---

La única propuesta que no consiguió el consenso necesario para su aprobación por el Consejo fue la relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países a efectos de empleo remunerado, que era el primer intento de definir un marco legal común a nivel europeo para la admisión de inmigrantes económicos. La discusión en el seno del Consejo no pasó de una primera lectura, mientras las otras instituciones llamadas a pronunciarse (Parlamento Europeo, Consejo Económico y Social y Comité de las Regiones) emitieron informes favorables<sup>(26)</sup>. Ante la situación de bloqueo en el Consejo, la Comisión decidió en 2006 retirar la propuesta. El texto propuesto buscaba sobre todo establecer una base común de conceptos, criterios y procedimientos en relación con las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para realizar actividades económicas como trabajadores por cuenta propia o ajena, en base a experiencias que venían siendo ensayadas con éxito en algunos Estados miembros. La propuesta se basaba en un enfoque horizontal, esto es, pretendía establecer un marco normativo general para todos los trabajadores que aspiraran a ingresar en el territorio de la Comunidad, posibilitando al mismo tiempo que se pudiera tomar en consideración la situación específica de ciertos grupos o colectivos de inmigrantes.

Por lo que se refiere a la entrada de trabajadores por cuenta ajena, las dos principales aportaciones de la futura directiva debían ser la definición del criterio de acceso basado en las necesidades del mercado de trabajo interno —el nacional del tercer país solo puede acceder al trabajo si el puesto para el que solicita el permiso no puede cubrirse por nacionales del Estado miembro en cuestión o por otros trabajadores que tengan preferencia para ocupar el empleo (*the economic needs test*)— y el establecimiento de un procedimiento único para la obtención de un permiso combinado de residencia y trabajo en lugar del sistema dual vigente en muchos Estados consistente en procedimientos distintos para la expedición de permisos diferentes de residencia y de trabajo. Se trataba en definitiva de armonizar las condiciones de entrada y acceso al empleo de nacionales de terceros países en dos aspectos básicos: uno de fondo, la definición del criterio de acceso, y otro formal o procedimental: el establecimiento de un procedimiento unificado para la expedición de un permiso único o combinado, dejando un amplio margen a la discrecionalidad de los Estados para elegir la fórmula concreta a través de la cual articular la prueba de la necesidad económica para la contratación del trabajador inmigrante —valoración individual o global, exigencia de un umbral de ingresos, etc.—<sup>(27)</sup>. De forma complementaria, la propuesta reconocía un conjunto de derechos a los titulares del permiso de residencia y trabajo tendente a igualar su estatus al de los nacionales del Estado miembro, al menos en una serie de ámbitos, como las condiciones de trabajo, los derechos sindicales y las prestaciones de Seguridad Social.

---

(26) La valoración globalmente favorable no escondía en algún caso un cierto tono crítico. Por ejemplo, el Dictamen del Consejo Económico y Social proponía que junto a la vía de la prueba de la necesidad económica para acceder al mercado de trabajo nacional se añadiera la posibilidad de entrar temporalmente en el país con el objetivo de buscar empleo, pues solo así se podría evitar la entrada irregular y el acceso a la economía sumergida y se podían satisfacer las necesidades de las pequeñas y medianas empresas y de los empresarios individuales (SOC/084, 16-1-2002). El Parlamento Europeo también propuso como principal enmienda la posibilidad de conceder permisos de entrada para la búsqueda de empleo (Resolución legislativa (C5-0447/2001).

(27) COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Proposal for a Council Directive on the conditions of entry and residence of third-country national for the purpose of paid employment and self-employed economic activities*, COM (2001) 386 final. Bruselas, 11-07-2001.

El tratamiento de la inmigración económica se ha convertido en un aspecto central del debate sobre la política migratoria, como lo demuestra el hecho de que el programa de La Haya contemplara como uno de sus componentes clave la adopción de medidas en relación con la admisión de inmigrantes laborales en función de las necesidades del mercado de trabajo nacional. Posteriormente, el Libro verde sobre el enfoque europeo en relación con la migración económica insistía en la necesidad de otorgar un estatus seguro a los trabajadores inmigrantes que incluyera el mismo tratamiento con los ciudadanos europeos, particularmente en lo que respecta a ciertos derechos económicos y sociales básicos. El ulterior «Plan de política para la emigración legal»<sup>(28)</sup> definió una hoja de ruta y una serie de acciones e iniciativas legislativas para el desarrollo coherente de una política de inmigración legal. El Plan proponía la adopción de una directiva marco aplicable a todos los emigrantes económicos que incluyera el reconocimiento de derechos básicos y el permiso único de residencia y trabajo. Además de este marco general proponía también la adopción de directivas específicas regulando las condiciones de admisión y residencia de trabajadores altamente cualificados, trabajadores estacionales, trabajadores transferidos por sus empresas y trabajadores en prácticas remuneradas<sup>(29)</sup>.

En octubre de 2007 la Comisión presentó una nueva propuesta de directiva relativa a un procedimiento único para la expedición de un permiso único para residir y trabajar en la Unión Europea y sobre un conjunto de derechos de los trabajadores de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro<sup>(30)</sup>. Esta nueva propuesta supuso un cierto giro en el ángulo de enfoque del problema por parte de la Comisión, lo que implicaba una rebaja en la ambición de regular la problemática de la inmigración económica en Europa: ya no se pretendía armonizar los criterios de acceso al mercado laboral sino que, de forma más modesta, la propuesta se limitaba a los aspectos procedimentales con el objetivo de simplificar el proceso de adquisición del permiso de residencia y de trabajo. Se trataba de instaurar un procedimiento único dirigido a la expedición de un permiso, también único, que permitiera residir y trabajar legalmente en la Unión Europea, reconociendo además una serie de derechos básicos a los trabajadores inmigrantes. No obstante la nueva propuesta se limitara a instaurar el principio básico del procedimiento y del permiso únicos y a reconocer una serie de derechos laborales básicos a los trabajadores inmigrantes durante la fase inmediatamente posterior al acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro, la iniciativa de la Comisión siguió contando con una fuerte resistencia en el seno del Consejo,

---

(28) Communication from the Commission «Policy Plan on Legal Migration», COM (2005) 669 final, 21-12-2005

(29) Con posterioridad, la Comunicación de la Comisión «Una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos», COM (2008) 359 final. Bruselas, 17-6-2008, estableció diez principios comunes para el desarrollo de la política de inmigración, agrupados bajo tres rúbricas: prosperidad, solidaridad y seguridad. La primera de ellas insistía en la necesidad de establecer normas claras y condiciones similares para la admisión de inmigrantes: «la política común de inmigración debe fomentar la inmigración legal, que debe regirse por normas claras, transparentes y justas»; mientras el segundo abogaba por una adecuación entre las necesidades y las cualificaciones: «la inmigración con fines económicos debe responder a una evaluación de los mercados laborales de la EU basada en las necesidades», y teniendo en cuenta el principio de preferencia comunitaria, así como el derecho de los Estados a determinar el número de admisiones y los derechos de los inmigrantes.

(30) *Vid. Proposal for a Directive on a single application procedure for a single permit for third country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State*, COM (2007) 638 final. Bruselas 23-10-2007.

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

---

que solo pudo ser superada con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. En efecto, la superación de la exigencia de unanimidad y el sometimiento pleno de esta materia al procedimiento legislativo ordinario permitió finalmente la aprobación por parte del Consejo y del Parlamento Europeo de la Directiva 2011/98/UE, fechada el 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro<sup>(31)</sup>.

### III. LA DIRECTIVA 2011/98/UE, DEL «PERMISO ÚNICO»

#### 1. Finalidad y definiciones

Tras el fracaso de la propuesta de directiva de 2001 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países a efectos de empleo remunerado y de actividades económicas de autoempleo, la Comisión retomó a finales de 2007 el objetivo de completar el programa del Tratado de Ámsterdam en materia de inmigración y asilo, concretado en las cumbres de Tampere y de La Haya. El compromiso político expresado en Tampere de garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro reconociéndoles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, se concreta en esta ocasión en una propuesta de Directiva más realista de cara a su eventual aprobación por el Consejo y menos ambiciosa en sus objetivos. Orillando cualquier referencia a las condiciones de admisión de inmigrantes económicos, se persigue únicamente armonizar la normativa de los Estados miembros en dos concretos aspectos: el establecimiento de un procedimiento único de cara a la concesión de un permiso, también único o combinado, de residencia y trabajo, y el reconocimiento de un conjunto de derechos que aproxime el status de estos trabajadores al de los ciudadanos de la Unión. Con el principio del procedimiento único se persigue un objetivo de agilización administrativa y de simplificación de trámites para los extranjeros que pretenden acceder al mercado de trabajo de los Estados miembros y para los empresarios que desean contratarlos. Se pretende evitar con ello el círculo vicioso que se presentaba en ocasiones pues la concesión de un permiso de residencia se hacía depender de la posesión del permiso de trabajo y viceversa<sup>(32)</sup>. Con el reconocimiento de ciertos derechos laborales se trata de superar un problema que se había detectado en relación con los

---

(31) DOUE de 23-12-2011 (L 343).

(32) *Vid.* Commission Staff Working Document Accompanying to the Proposal for a Council Directive on a single application procedure for a single permit for third country nationals to reside and work in the territory of member states and a common set of rights for third country nationals legally residing in a Member State, Impact assessment (volumen I), SEC (2007) 1408, Bruselas 23-10-2007, p. 59, subraya que la introducción del principio del procedimiento único no supone una interferencia en los procedimientos administrativos internos de los Estados miembros de acuerdo con los cuales se tenga que tramitar la solicitud, y en particular deja a los Estados la decisión de carácter organizativo relativa a la necesaria coordinación entre las autoridades de inmigración y aquellas laborales. A ello añade que la opción de adoptar una directiva implica una gran flexibilidad en términos de puesta en práctica. Más adelante se subraya la importancia de la coordinación interna entre los servicios administrativos implicados en el procedimiento único.

trabajadores inmigrantes en el periodo previo a la adquisición del estatuto de residente de larga duración consistente en la diferencia de derechos laborales —*a rights gap*— de estos trabajadores, o de alguna categoría de ellos, en relación con los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los inmigrantes que tienen reconocido el principio de igualdad de trato por otras vías: porque son residentes de larga duración o porque se benefician de un convenio o acuerdo internacional que les garantiza dicha igualdad, etc.<sup>(33)</sup> Un análisis de la normativa interna de los Estados miembros muestra que «que los derechos de los trabajadores de terceros países pueden diferir de forma significativa dependiendo de su nacionalidad y del Estado miembros en el que residen. Esta doble diferenciación de derechos crea inseguridad jurídica para los trabajadores de terceros países y los coloca en una posición e desigualdad con los trabajadores cuyos derechos han sido definidos de forma explícita»<sup>(34)</sup>. Esta diferencia de derechos puede crear además una situación de competencia desleal en el mercado de trabajo entre los trabajadores inmigrantes y el resto de trabajadores: nacionales del Estado miembro en cuestión, ciudadanos de la Unión Europea y extranjeros residentes de larga duración. La ausencia de reconocimiento de ciertos derechos laborales puede significar para los primeros una ventaja competitiva en el acceso al empleo pues el mercado tiende a explotar la posición de debilidad en la que les coloca ese hecho, unido generalmente a la falta de experiencia y en ocasiones al pobre conocimiento de la lengua del país anfitrión. Dicha ventaja competitiva en el acceso al empleo puede transformarse en fuente de abuso y de imposición de condiciones de trabajo inferiores a las del resto de trabajadores, distorsionando el funcionamiento del mercado de trabajo.

El objetivo de la Directiva es, pues, doble: se trata, por una parte, de establecer un procedimiento único para la expedición de un permiso que autorice a los nacionales de terceros países a residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro, y de reconocer, de otra, un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, con independencia de los fines de su admisión inicial en el territorio de dicho Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro (art. 1.1). No se pretende, pues, regular las condiciones de acceso al mercado laboral de cada país miembro, aspecto sobre el cual los Estados conservan una competencia exclusiva (art. 1.2).

En el tradicional apartado de definiciones destacan las definiciones de «permiso único» —el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir legalmente en su territorio con el fin de trabajar—, y de «procedimiento único de solicitud» —el procedimiento conducente, sobre la base de una solicitud única presentada por un nacional de un tercer país, o por su empleador, con el fin de obtener autorización para residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro, a una decisión sobre tal solicitud de permiso único—.

---

(33) La igualdad de trato en las condiciones de trabajo y en el acceso a la Seguridad Social se reconocía en ciertos acuerdos multilaterales, como el Acuerdo relativo al Espacio Económico Europeo, o bilaterales como el Acuerdo de la Unión Europea con Turquía y los acuerdos existentes con ciertos países de la ribera mediterránea o de los Balcanes. *Vid.* Commission Staff Working Document, citado en nota anterior, pp. 8-10.

(34) *Vid.* Commission Staff Working Document, citado en nota anterior, p. 12. La diferencia de derechos se refiere principalmente en el acceso al empleo, y de forma parcial en la educación y formación profesionales, en el ámbito de la Seguridad Social y en el acceso a los servicios públicos.

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

---

El ámbito de aplicación de la Directiva es muy amplio, pues abarca tres categorías de nacionales de terceros países: los que soliciten la residencia en un Estado miembro con el fin de trabajar; los que hayan sido admitidos en un Estado miembro para un fin distinto al trabajo, estén autorizados a trabajar y sean titulares de un permiso de residencia; y los trabajadores de terceros países que hayan sido admitidos en un Estado miembro con el fin de trabajar de conformidad con el derecho de la Unión o del derecho nacional. El supuesto más común de nacionales de terceros países admitidos con un fin distinto al trabajo, pero que adquieren derecho a trabajar en el Estado que los hospeda es el de los familiares que han beneficiado del derecho a la reagrupación familiar, conforme al 14.1.b) de la Directiva 2003/86/CE, si bien los Estados miembros pueden decidir las condiciones que los miembros de la familia deben cumplir para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, estableciendo un plazo no superior a 12 meses durante el cual los Estados pueden estudiar la situación de sus mercados laborales antes de autorizar a los miembros de la familia a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia (art. 14.2 de la Directiva 2003/86/CE).

Del ámbito de aplicación de la Directiva quedan excluidos una serie de supuestos por motivos diversos: por razones familiares se excluye a los familiares de ciudadanos de la Unión que hayan ejercido o estén en el ejercicio de su derecho a la libre circulación dentro de la Unión; por razones productivas se excluye a los trabajadores desplazados o trasladados por su empresa por razones de protección internacional se excluye a quienes hayan se beneficien de una protección temporal o permanente, ya sean solicitantes o titulares de ella (art. 1.2). En la mayoría de los casos tales excepciones derivan del hecho de que los nacionales de terceros países a las que afectan tiene reconocido el derecho a trabajar en el Estado de acogida: ello sucede en el caso familiares de ciudadanos de la Unión que hayan ejercido o estén en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, conforme al art. 23 de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004; de los beneficiarios de protección internacional: art. 26 de la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004<sup>(35)</sup>; de los residentes de larga duración, art. 11.1.a) de la Directiva 2003/109/CE). En el caso de trabajadores desplazados o trasladados dentro de su empresa la exclusión se justifica por el hecho de que se considera que no forman parte del mercado de trabajo del país al que son desplazados o trasladados.

Los Estados miembros podrán excluir del procedimiento único de solicitud y expedición del permiso único a los nacionales de terceros países que hayan sido autorizados a trabajar en el territorio de un Estado miembro por un período no superior a seis meses o que hayan sido admitidos en un Estado miembro para cursar estudios (art. 3.3). La normativa relativa al procedimiento único no se aplica a los nacionales de terceros países que hayan sido habilitados para trabajar en virtud de un visado (art. 3.4), lo que seguramente se justifica por el hecho de que el procedimiento para la concesión del visado cumple los estándares y las exigencias del Capítulo II de la Directiva.

---

(35) Inmediatamente después de conceder el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria, los Estados autorizarán a sus beneficiarios a realizar actividades económicas por cuenta propia o ajena, pero en el caso de la protección subsidiaria se autoriza al Estado a tener en cuenta la situación de su mercado de trabajo, pudiendo establecer prioridades en el acceso al empleo durante un periodo limitado de tiempo (art. 26.3 de la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004).

## 2. Garantías procedimentales

El art. 5 regula aspectos puramente procedimentales, como la necesidad de designar un órgano competente para analizar la solicitud y adoptar la resolución, el plazo de que dispone para ello, el trámite de subsanación y la notificación al solicitante. De esta forma se prevé que los Estados miembros deben indicar la autoridad competente para expedir el permiso único, a la que deben dirigirse las solicitudes, y que el órgano competente debe adoptar una decisión lo antes posible y en todo caso en el plazo de cuatro meses<sup>(36)</sup>. Dicho plazo podrá ampliarse en circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del análisis de la solicitud. La solicitud deberá notificarse conforme a procedimientos de notificación establecidos en el Derecho nacional aplicable<sup>(37)</sup>.

El permiso único se expedirá conforme al modelo uniforme establecido en el Reglamento (CE) 1030/2002<sup>(38)</sup> y deberá incluir la información sobre el permiso de trabajo de conformidad con su Anexo, letra a), punto 7.5-9<sup>(39)</sup>. Los Estados miembros podrán incluir en formato de papel datos adicionales relacionados con la relación laboral del titular (como, por ejemplo, el nombre y la dirección del empleador, el lugar de trabajo, el tipo de trabajo, las horas de trabajo, la remuneración, etc.), o bien almacenar tales datos en el formato electrónico al que se refieren el artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 1030/2002 y su anexo, letra a), punto 16<sup>(40)</sup>. La expedición del permiso único impide la expedición de cualquier otro permiso adicional como prueba de autorización de acceso al mercado de trabajo. Estas previsiones se aplican también en el supuesto de expedición de permisos de residencia expedidos con fines distintos al de trabajar, conforme a lo previsto en el art. 7.

Las llamadas «garantías procesales» se concretan en la exigencia de que la resolución que deniegue una solicitud de expedición, modificación o renovación del permiso único, o de retirada del mismo de acuerdo con criterios previstos en el Derecho nacional o de la

---

(36) Las consecuencias en caso de no haberse adoptado ninguna decisión en el plazo establecido en el presente apartado se determinarán en virtud del derecho nacional (art. 5.2, apartado 3.º).

(37) Si la información o los documentos presentados son incompletos según los criterios especificados en el Derecho nacional, la autoridad competente comunicará al solicitante por escrito qué información o documentos complementarios se requieren y fijará un plazo razonable para su presentación, suspendiéndose el plazo establecido en el apartado 2 hasta que se haya recibido la información complementaria requerida. Si vencido el plazo otorgado no se han presentado la información o los documentos complementarios requeridos, la autoridad competente podrá rechazar la solicitud.

(38) Este Reglamento fue modificado por el Reglamento (CE) núm. 380/2008, del Consejo, de 18 de abril de 2008 (DOUE de 29 de abril), con el objetivo de establecer medidas de seguridad e indicadores biométricos que deberán utilizar los Estados miembros en el modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países.

(39) Este punto de Anexo *permite* a los Estados miembros la inclusión de indicaciones y observaciones para uso nacional, incluidas indicaciones sobre el permiso de trabajo. El objeto y finalidad de la Directiva 2011/98/UE requieren lógicamente que la indicación sobre el permiso de trabajo se convierta en obligatoria: «los Estados miembros (...) *incluirán* la información sobre el permiso de trabajo».

(40) El segundo párrafo del art. 4 del Reglamento (CE) 1030/2002, en la redacción dada por el Reglamento (CE) 380/2008, permite que los Estados miembros almacenen en el chip de radiofrecuencia previsto en el Anexo I datos para servicios electrónicos, *así como otras informaciones relativas al permiso de residencia*, siempre que estén debidamente separados de los datos biométricos a los que se refiere el art. 4 bis (imagen facial y dos impresiones dactilares, ambos en formato interoperable).

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

Unión, deba motivarse debidamente y notificarse por escrito (art. 8.1)<sup>(41)</sup> y pueda ser objeto de recurso en el Estado miembro de que se trate, de conformidad con el Derecho nacional, a cuyo efecto la notificación de la resolución deberá indicar el tribunal o la autoridad administrativa ante los que el interesado podrá interponer recurso, así como el plazo para hacerlo (art. 8.2). Estas garantías quedan, no obstante, debilitadas por la previsión de cierre del art. 8 de la Directiva, conforme a la cual «la solicitud (del permiso único) podrá considerarse inadmisibles debido al volumen de admisión de nacionales de terceros países a efectos de empleo, en cuyo caso no será necesaria su tramitación» (art. 8.3). Esta previsión, que en una primera impresión puede parecer excesivamente radical en sus efectos —inadmisión de entrada de la solicitud— hay que ponerla en relación con la salvaguarda que establece el art. 1.2 de la Directiva, relativa a la competencia de los Estados en relación para regular el acceso de los nacionales de terceros países a sus mercados de trabajo. Entre ambos preceptos hay un nexo lógico evidente pues la salvaguarda citada permite, y explica, que los Estados miembros pueden, en un momento dado, considerar saturado su mercado de trabajo interno y, por tanto, excluyan el ingreso de trabajadores procedentes de terceros países, lo cual hace superflua la tramitación de las solicitudes de permisos de residencia/trabajo.

Cuando así se les solicite, los Estados miembros proporcionarán a los nacionales de terceros países y a sus futuros empleadores información adecuada sobre los documentos necesarios para presentar una solicitud completa (art. 9). Los Estados miembros podrán exigir a los solicitantes el pago de tasas, cuando proceda, por la tramitación de las solicitudes de conformidad con la presente Directiva. El importe de tales tasas será proporcionado y podrá basarse en los servicios efectivamente prestados para la tramitación de las solicitudes y la expedición de permisos (art. 10).

### 3. Derechos del titular del permiso

El permiso único expedido de conformidad con el Derecho nacional habilitará a su titular, durante su período de validez, como mínimo a:

- a) entrar y residir en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso único, siempre que el titular reúna todos los requisitos de admisión de conformidad con el Derecho nacional;
- b) gozar de libre acceso a todo el territorio del Estado miembro de expedición, dentro de los límites previstos por el Derecho nacional;
- c) ejercer la actividad laboral específica autorizada en virtud del permiso único de conformidad con el Derecho nacional;
- d) estar informado de sus propios derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la presente Directiva o del Derecho nacional.

---

(41) En la medida en que la Directiva no define criterios de admisión de nacionales de terceros países a efectos de trabajo, las condiciones y los criterios en base a los que pueda denegarse el permiso único deben establecerse por el derecho nacional e cada Estado; uno de los criterios es el respeto al principio de preferencia comunitaria. *Vid.* «Proposal for a Council Directive on a single application procedure for a single permit for third country nationals to reside and work in the territory of member states and a common set of rights for third country nationals legally residing in a member state», COM (2007) 638 final, Bruselas, 23-10-2007.

A los trabajadores de terceros países autorizados a trabajar en un Estado miembro se les garantiza la igualdad de trato con los trabajadores nacionales de dicho Estado en el ejercicio de un amplio conjunto de derechos relacionados fundamentalmente con su actividad laboral. En concreto, se les reconoce la igualdad de trato por lo que se refiere a:

- Las condiciones de trabajo, incluyendo al salario, las condiciones de despido, así como las relativas a la salud y seguridad en el trabajo<sup>(42)</sup>;
- La libertad sindical en sentido amplio: libertad de asociación, de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas conferidas por dichas organizaciones, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública;
- La educación y formación profesional;
- El reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales, de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables<sup>(43)</sup>;
- La seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) núm. 883/2004<sup>(44)</sup>;
- Los beneficios fiscales, siempre que se considere que el trabajador tiene su residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate;
- El acceso a los bienes y servicios y la obtención de bienes y servicios ofrecidos al público, incluidos los procedimientos de acceso a la vivienda contemplados en el Derecho nacional, sin perjuicio de la libertad de contratación de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional;
- Los servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo.

En esta misma línea, el Tercer Informe Anual sobre Inmigración y Asilo, correspondiente a 2011<sup>(45)</sup>, resalta que es fundamental garantizar a los inmigrantes que residen legalmente en la Unión Europea que puedan disfrutar de un acceso no discriminatorio al mercado de trabajo de acuerdo con sus conocimientos y experiencia y que tengan la posibilidad

---

(42) Es de destacar que la Opinión del Comité de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo dirigida al Comité de Libertades Civiles, Justicia e Interior, de fecha 5 de octubre de 2010, proponía añadir en este apartado una referencia al tiempo de trabajo, permisos y procedimientos disciplinarios, teniendo en cuenta los convenios colectivos de aplicación. La justificación dada a la enmienda era la de extender el ámbito del principio de igualdad. Técnicamente ello no era necesario pues la expresión «condiciones de trabajo» tiene un alcance lo suficientemente amplio en el ámbito laboral como para entender comprendidas en ella las materias a las que se refiere la enmienda.

(43) La igualdad de trato en este ámbito supone principalmente la aplicación a los nacionales de terceros países de la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. *Vid.* «Proposal for a Council Directive on a single application procedure for a single permit for third country nationals to reside and work in the territory of the member states and a common set of rights for third country nationals legally residing in a member state», COM (2007) 638 final, Bruselas, 23-10-2007.

(44) A estos efectos hay que recordar que el Reglamento 859/2003 extendió la aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 a los nacionales de terceros países que quedaron excluidos de ellos exclusivamente por razón de su nacionalidad. La nueva normativa garantiza que en adelante no habrá ninguna diferencia de trato entre un ciudadano de la UE y un nacional de un tercer país cuando ejercitan su derecho a la movilidad de un Estado a otro.

(45) Publicado como Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, COM (2012) 250 final. Bruselas, 30-5-2012).

## **II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO**

---

de participar plenamente en la vida socioeconómica, política y cultural de la sociedad a la que han llegado. En este contexto, las medidas destinadas a garantizar el reconocimiento de las cualificaciones y competencias adquiridas, el acceso no discriminatorio a los servicios sociales y de empleo, etc., son esenciales para la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020.

La garantía del principio de igualdad de trato en el ejercicio de estos derechos se acompaña de la autorización a los Estados para introducir límites y restricciones en el ejercicio de algunos de ellos, justificados en general por la preocupación por la contención del gasto público. De esta forma, los Estados miembros pueden restringir la igualdad de trato en materia de educación y formación profesional limitando su aplicación a los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido y estén inscritos como desempleados, excluyendo a los trabajadores de terceros países que han sido admitidos a efectos de estudio, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, a los que se refiere la Directiva 2004/114/CE, excluyendo los créditos y becas de estudio y de manutención u otro tipo de créditos y becas, o estableciendo por lo que respecta al acceso a la universidad y a la enseñanza postsecundaria así como a la formación profesional que no esté directamente relacionada con la actividad laboral específica del trabajador requisitos previos específicos, como por ejemplo un conocimiento adecuado de la lengua y el pago de las tasas de matrícula exigidas por el Derecho nacional. Los Estados pueden asimismo limitar el derecho de acceso a la seguridad social a los trabajadores de terceros países que no tienen un empleo o no lo han tenido durante un período mínimo de seis meses y no que estén registrados como desempleados. En tercer lugar, los Estados miembros podrán decidir que la protección de seguridad social en lo que se refiere a las prestaciones familiares no se aplique a los nacionales de terceros países que hayan sido autorizados a trabajar en el territorio de un Estado miembro por un período no superior a seis meses, ni a los nacionales de terceros países que hayan sido admitidos para cursar estudios, ni a los nacionales de terceros países autorizados a trabajar en virtud de un visado. Los Estados pueden limitar la aplicación de los beneficios fiscales a los casos en los que el lugar de residencia registrado o habitual de los miembros de la familia del trabajador de un tercer país para los que este solicita tales beneficios se encuentre en el territorio del Estado miembro de que se trate. Finalmente los Estados pueden limitar al acceso a bienes y servicios a los trabajadores de terceros países que tienen un empleo y restringir el acceso a la vivienda.

El derecho a la igualdad de trato se entenderá en todo caso sin perjuicio del derecho del Estado miembro a retirar o denegar la renovación del permiso de residencia expedido con arreglo a esta Directiva, el permiso de residencia expedido con fines distintos del trabajo o cualquier otra autorización para trabajar en un Estado miembro (art. 12.3). Ello supone en definitiva que la garantía de la igualdad de trato de que gozan los nacionales de terceros países protegido por la Directiva en el ejercicio de los derechos a los que se refiere su art. 12 no implica una garantía de permanencia indefinida en el Estado miembro que concede el permiso, el cual conserva la potestad para retirar o no renovar el permiso correspondiente cuando concorra alguna circunstancia que permita y/o lo exija.

Los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por esos trabajadores, recibirán las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo

anterior de tales trabajadores y adquiridas con arreglo a la legislación mencionada en el artículo 3 del Reglamento (CE) 883/2004, en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país (art. 12.4)<sup>(46)</sup>.

La Directiva 2011/98/UE se aplicará sin perjuicio de las disposiciones más favorables del Derecho de la Unión, incluidos los acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Unión, o la Unión y sus Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros países, por otra parte, y de los acuerdos bilaterales o multilaterales concluidos entre uno o varios Estados miembros y uno o varios terceros países (art. 13.1), así como del derecho de los Estados miembros a adoptar o conservar disposiciones más favorables para las personas a las que se aplica (art. 13.2).

Los Estados miembros pondrán a disposición del público en general información actualizada periódicamente sobre las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros países en su territorio con el fin de trabajar. Con carácter periódico, y por primera vez a más tardar el 25 de diciembre de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros y propondrá las modificaciones que considere necesarias. Cada año, y por primera vez a más tardar el 25 de diciembre de 2014, los Estados miembros presentarán a la Comisión estadísticas sobre el número de nacionales de terceros países a los que hayan concedido el permiso único durante el año natural transcurrido, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento (CE) 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional.

El plazo para la incorporación la incorporación al derecho nacional de las previsiones de la Directiva finaliza el 25 de diciembre de 2013. Los Estados miembros deben comunicar a la Comisión la normativa por la que incorporen la Directiva a su derecho interno, así como las principales disposiciones que adopten en el ámbito regulado por ella (art. 16).

#### IV. EL RÉGIMEN DEL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2011/98/UE

Parece útil llevar a cabo, en el capítulo conclusivo de este estudio, un sucinto análisis de la normativa que regula el acceso de los extranjeros al mercado laboral español y los derechos que se reconocen a los inmigrantes que se encuentran en territorio español a la luz de las disposiciones de la Directiva 2011/98/UE. Como se ha señalado reiteradamente, las principales aportaciones de esta Directiva consisten en el establecimiento de un procedimiento único para la expedición de un permiso, también único, que autorice a los nacionales de terceros países a residir y a trabajar en el territorio de un Estado miembro, y en el recono-

---

(46) El reglamento CE 883/2004, sobre Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, regula en su art. 3 el ámbito de aplicación material indicando que se extiende a toda la normativa que regula las diferentes ramas de la Seguridad Social relativa a prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad, invalidez, vejez, supervivencia, a las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, entre otras, dejando al margen la asistencia social y médica.

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

cimiento de un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, con independencia de los fines de su admisión inicial en el territorio de dicho Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro.

El principio de un procedimiento único para la expedición de un permiso único de residencia y trabajo está reconocido desde hace tiempo en nuestro derecho de extranjería, y se encuentra hoy plasmado en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como en el Reglamento de desarrollo de esta (aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril)<sup>(47)</sup>. El art. 36.1 de la LO 4/2000 sienta el principio basilar de que «los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la autorización de residencia (...)»<sup>(48)</sup>. La norma se refiere a la exigencia de una *autorización para residir y trabajar*, y aunque a continuación se añade que la autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, queda claro que no se trata de dos autorizaciones distintas que se tramitan y conceden de forma conjunta, sino de una autorización única que culmina un procedimiento también único. Los apartados siguientes de este mismo precepto confirman esta interpretación, pues la norma se refiere siempre a la autorización en singular: «la eficacia de la autorización de residencia y trabajo (...)», la concesión de la autorización (...), «la autorización a la que se refiere el apartado 1», «la carencia de la autorización de residencia y trabajo», etc. Los aspectos procedimentales se regulan en el RD 557/2011, de 20 de abril. Dentro del Título IV relativo a la «residencia temporal», su capítulo III regula la «residencia temporal y trabajo por cuenta ajena». Una vez definida la situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 62) y sentados los requisitos exigidos para la concesión de la correspondiente autorización (arts. 64 a 66), el art. 67 regula el procedimiento para la expedición de la autorización, de cuya contenido se desprende de forma palmaria que se trata de un único procedimiento que se inicia con una solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo (art. 67.1 y 2), que cuenta con un órgano competente encargado de su registro, tramitación y resolución (art. 67.3, 4, 5 y 6). Por si cupiera alguna duda, el art. 68.1 del RD 557/2011, al regular las especialidades del procedimiento en el supuesto de transferencia a las Comunidades Autó-

---

(47) Desde su entrada en vigor, la LO 4/2000, conocida como ley de extranjería, ha sido objeto, como se sabe, de numerosas reformas, algunas de las cuales han introducido cambios profundos y de calado en su regulación. Las principales reformas se han llevado a cabo por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, que supuso un giro importante en el enfoque del fenómeno migratorio por parte del legislador, la LO 14/2003, de 20 de noviembre y la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Por su parte, el reglamento de desarrollo de la Ley ha sufrido también modificaciones sucesivas. El reglamento vigente se aprobó por RD 557/2011, de 20 de abril.

(48) De este principio general el propio precepto exceptúa ciertos supuestos especiales, como el relativo a los «penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas u otros excepcionales que se determinen reglamentariamente». Esta última expresión remite a los supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo laboral, familiar o social, y por otros tipo de circunstancias (humanitarias, colaboración con autoridades, etc.) (Título V, arts. 123 a 146 del RD 557/2011). En relación de forma específica con la autorización de residencia temporal por razones de arraigo, el art. 129 del RD 55/2011 indica que dicha autorización «llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquella», con alguna excepción como la relativa a los menores de edad laboral. Los requisitos que configuran los diferentes tipos de arraigo presuponen que los extranjeros a los que se refieren ya se encuentran residiendo en España.

nomas de la competencia en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena<sup>(49)</sup>, señala de nuevo que «todo procedimiento relativo a una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena supondrá la presentación de una única solicitud y finalizará con una única resolución administrativa». También en este caso, en el que intervienen órganos administrativos dependientes de Administraciones Públicas diferentes —la Administración General del estado y la propia de la Comunidad Autónoma— la norma se encarga de especificar cuál es el órgano competente para tramitar el procedimiento correspondiente de acuerdo con un reparto de funciones bien definido entre ambas Administraciones y obliga a dictar «de manera coordinada y concordante, una resolución conjunta denegando o concediendo la correspondiente autorización (...)» (art. 68.5)<sup>(50)</sup>.

Por lo que se refiere a los derechos y libertades de los extranjeros en España, es bien conocido que se trata de un aspecto polémico y uno de los más delicados de toda política de inmigración y extranjería<sup>(51)</sup>, como lo prueba la reciente intervención normativa tendente a limitar el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular<sup>(52)</sup> (Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que redefine las condiciones de asegurado y de beneficiario de la asistencia sanitaria a cargo del Sistema Nacional de Salud) y la reacción de algunas Comunidades Autónomas y del Tribunal Constitucional dirigida a su vez a limitar los efectos más negativos de la normativa estatal<sup>(53)</sup>.

---

(49) Hasta la fecha han sido los Estatutos de Autonomía de Cataluña [LO 6/2006, de 19 de julio] y Andalucía [LO 2/2007, de 19 de marzo] los que han asumido la competencia en materia de autorización para trabajar. Así, el art. 138.2.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña reconoce a «la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye: a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena». En parecidos términos se pronuncia el art. 62 del Estatuto de Autonomía de Andalucía. La LOE, por su parte, reconoce que las competencias del Gobierno en materia de política migratoria (que incluyen la definición, planificación, ejecución y desarrollo), se entienden sin perjuicio de las competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales [art. 2 bis.1 LOE].

(50) Vid. RUANO ALBERTOS, S., «Situaciones administrativas de los extranjeros en España», en J. I. GARCÍA NINET (dir.), *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (estudio tras el Real decreto 557/2011, de 20 de abril)*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, p. 98.

La LOE dedica su Título IV a la «Coordinación de los poderes públicos», previendo su art. 68.2 que «las Comunidades Autónomas que asuman competencias ejecutivas en la concesión de la autorización inicial de trabajo, deberán desarrollarlas en necesaria coordinación con las competencias estatales en materia de extranjería, inmigración y autorización de residencia (...)». Vid., al respecto, MONEREO LÓPEZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., «Estudio general. El nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España», en AA.VV., *Los derechos de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2020 [LA LEY 12583/2011, pp. 10 y ss.].

(51) Vid. RAMOS QUINTANA, M. I., «Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida», *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008, p. 45. Pone de relieve esta autora que definir «la posición jurídica de los extranjeros ante el ordenamiento jurídico ha sido una de las cuestiones básicas y definitorias que ha estado —y continúa estando— en los debates propios de extranjería e inmigración (...)».

(52) En efecto, resultan «difíciles de entender unas políticas públicas de restricción de derechos laborales de los extranjeros, que sólo pueden acentuar los riesgos de marginación y exclusión social»: J. CRUZ VILLALÓN, «Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros», en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española* (Estudios en homenaje a Miguel Rodríguez Piñero) (coordinado por CASAS BAAMONDE, DURÁN LÓPEZ y CRUZ VILLALÓN), La Ley, Madrid, 2006, p. 546.

(53) El Auto del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2012 levanta la suspensión de la vigencia de determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno Vasco, sobre el régimen de las prestacio-

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

La LO 4/2000 dedica su Título I a «los derechos y libertades de los extranjeros», rúbrica que reproduce su capítulo I, refiriéndose los capítulos restantes a la reagrupación familiar (Capítulo II), las garantías jurídicas (Capítulo III) y las medidas antidiscriminatorias (Capítulo IV). Se reconoce así a los extranjeros en esta parte de la LO 4/2000 un amplio haz de derechos, que van del derecho a la documentación (art. 4) al derecho a la Seguridad Social y servicios sociales (art. 14), pasando por derechos civiles y políticos, como los derechos de participación pública y las libertades de reunión, manifestación y asociación (arts. 6, 7 y 8), y por derechos específicamente laborales, como el derecho al trabajo o las libertades de sindicación y huelga (arts. 10 y 11). El reconocimiento de estos derechos debe completarse con las garantías antidiscriminatorias recogidas en el art. 23. Este precepto acoge en su apartado primero un concepto de discriminación vinculado a circunstancias específicas en las que puede encontrarse un ciudadano extranjero o que pueden afectarle, como la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, y las convicciones o prácticas religiosas. La eventual discriminación se vincula no tanto a la condición de extranjero, que constituye más bien el presupuesto sobre el que opera, sino a la presencia de alguna de dichas condiciones o circunstancias<sup>(54)</sup>. Es decir, se garantiza el derecho del ciudadano extranjero a no ser discriminado, no tanto por su condición de extranjero, sino por motivos o circunstancias que la experiencia demuestra que suelen darse con mayor frecuencia en los extranjeros, como el origen racial o étnico o la religión; esta es sin duda la explicación de que en dicha relación falten factores socialmente típicos de discriminación como el sexo o el nacimiento, que sí se citan de forma expresa en el art. 14 CE.

El apartado segundo de esta norma tipifica en concreto cuatro tipos de actos discriminatorios, algunos de los cuales surgen o se configuran directamente por la mera condición de extranjero del ciudadano al que van dirigidos: los actos «que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o los que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, *sólo por su condición de tal* o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad», y los que «impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles, o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional, y a los servicios sociales o socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica al extranjero que se encuentre regularmente en España, *sólo por su condición de tal* o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad». Llama la atención de entrada la inicial simetría de estas garantías antidiscriminatorias, que sólo se rompe por la inclusión de ciertos matices y adiciones en la segunda de ellas: en ambos casos se veta la imposición a los extranjeros de condiciones más gravosas que a los españoles, pero

---

nes sanitarias del Sistema Nacional de salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que extendió el derecho a la asistencia sanitaria a colectivos privados de él por la normativa estatal, entre ellos a los extranjeros no registrados ni autorizados a residir en España. El Tribunal, una vez ponderados los intereses en juego y los perjuicios que podrían derivarse del mantenimiento de la suspensión del Decreto mencionado, se acuerda levantar la suspensión en base a la relevancia acordada a los intereses generales y públicos vinculados a la promoción y garantía del derecho a la promoción de la salud, asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles, y a la «importancia singular en el marco constitucional» que se otorga al derecho a la salud y a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad (FJ 6.º ATC 239/2012).

(54) Vid. CRUZ VILLALÓN, J., «Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros», *cit.*, p. 553.

mientras la primera de ellas tiene aparentemente un alcance general —no se indica a qué ámbitos o derechos pueden afectar dichas condiciones—, la segunda especifica que se trata de las condiciones relativas al ejercicio de ciertos derechos: al trabajo, a la vivienda, a la educación, etc., y que la imposición de las condiciones más gravosas debe producirse *ilegítimamente*, lo que da pie a entender que podrían imponerse condiciones más gravosas de forma legítima. Probablemente la garantía del apartado b) del art. 23.2 deba referirse, en una interpretación sistemática de la norma, sólo al acceso a bienes y servicios ofrecidos al público, y solo por un defecto de redacción tenga en apariencia un alcance genérico; de otra forma no se entiende la necesidad de incluir una segunda garantía [apartado c) del art. 23.2] referida expresamente al ejercicio de ciertos derechos.

Comparando la lista de derechos que los trabajadores extranjeros deben poder ejercer en condiciones de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en virtud del art. 12 de la Directiva 2011/98/UE con el elenco de derechos reconocido en la LOE (arts. 3 a 15) hay que reparar en primer lugar en la diferencia de enfoque de ambos instrumentos en lo que se refiere al sujeto titular de los derechos reconocidos: mientras la LOE parte de un reconocimiento genérico de derechos a los extranjeros —a los ciudadanos extranjeros con independencia de su situación laboral, esto es, al margen de que formen parte de la población activa o no, o de que estén ocupados o desempleados, etc.—, la directiva comunitaria se refiere de forma específica a los trabajadores —«los trabajadores de terceros países a los que se refiere el art. 3, apartado 1, letras b) y c)»<sup>(55)</sup>—. Esta diferencia de enfoque explica que la lista del art. 12 de la Directiva 2011/98/UE tengan un contenido «laboral» mucho más marcado que la del Título I de la LOE, pues se refiere de forma específica a condiciones de trabajo, libertad sindical, educación y formación profesional, Seguridad Social, etc., mientras la LOE, además de estos derechos, reconoce derechos más genéricos, como el derecho a la documentación, la libertad de circulación, las libertades de reunión, manifestación y asociación, etc.

Una comparación de la lista de derechos reconocidos en ambos instrumentos normativos exige partir del dato de que el art. 3.1 LOE incorpora el criterio interpretativo general de que los derechos que la Ley reconoce a los extranjeros se ejercitan en condiciones de igualdad con los españoles, esto es, que con carácter general no pueden existir diferencias en las condiciones de ejercicio, salvo las derivadas del propio reconocimiento constitucional o legal del derecho. Por lo que se refiere de forma específica a las condiciones de trabajo (y de Seguridad Social), la LOE [art. 2 bis.2.i)] incorpora una garantía expresa de igualdad en este ámbito, como principio que debe respetar todas las Administraciones Públicas en el ejercicio de las competencias vinculadas con la inmigración. La igualdad de trato en este ámbito está implícita asimismo en el criterio interpretativo que se acaba de reseñar, y en las garantías antidiscriminatorias del art. 23 LOE.

Por lo que se refiere a la libertad sindical, que el art. 12.1 b) de la Directiva 2011/98/UE describe en términos muy amplios, el art. 11.1 de la LOE reconoce a los extranjeros «el

---

(55) El art 3.1 de la Directiva, al delimitar su ámbito de aplicación, toma como referencia principal la situación laboral del inmigrante [en concreto las letras b) y c) del art. 3.1 se refieren a los nacionales de terceros países admitidos con fines distintos al trabajo y autorizados a trabajar y a los admitidos con el fin específico de trabajar], excluyendo su apartado segundo a extranjeros que meramente gocen de su derecho de libre circulación y a ciertas categorías de trabajadores que cuentan con una normativa específica.

## II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA DEL PERMISO ÚNICO

derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles». La LO 2/2009, de 11 de diciembre<sup>(56)</sup>, cumpliendo el mandato de la STC 236/2007 suprimió de la redacción anterior del precepto el condicionante de que estos derechos «se podrán ejercer cuando (los extranjeros) obtengan autorización de estancia o residencia en España», es decir, se subordinaba el reconocimiento del derecho a la residencia legal en España. Para el Tribunal Constitucional (STC 236/2007, FJ 9), no es constitucionalmente admisible la exigencia de situación de legalidad en España para el ejercicio de este derecho por los trabajadores extranjeros, aunque sí lo sea para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador. Subordinar el reconocimiento del derecho a la situación de legalidad o regularidad de la residencia es incompatible con el amplio reconocimiento de la titularidad del derecho en la CE (art. 28.1: *Todos tienen derecho a sindicarse libremente*), así como en los instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos humanos, que de forma unánime efectúan una «proyección universal subjetiva» del derecho de libertad sindical<sup>(57)</sup>.

En relación con el derecho de huelga, la redacción actual del art. 11.2 LOE lo reconoce asimismo a los trabajadores extranjeros, que podrán ejercerlo «en las mismas condiciones que los españoles». Al igual que sucedió con el derecho de libertad sindical, la STC 259/2007 declaró la inconstitucionalidad de la redacción anterior de dicho precepto por limitar la titularidad del derecho a los extranjeros que hubieran obtenido previamente la autorización para trabajar, excluyendo de esta a los inmigrantes en situación irregular. El concepto de trabajador al que se refiere el art. 28.2, subraya la sentencia, al reconocer el derecho de huelga, es un concepto material, «independientemente de la legalidad o ilegalidad de la situación» en la que se encuentre el extranjero, por lo que tampoco «resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros (...)». Los derechos de libertad sindical y huelga, en suma, «no se atribuyen a la persona en razón a su nacionalidad o de la situación administrativa en la que pueda encontrarse en un momento determinado, *sino por el hecho de ser trabajador*»<sup>(58)</sup>.

---

(56) Para un análisis de conjunto de la reforma articulada por la LO 2/2009, *vid.* RAMOS QUINTANA, M. I., «Migraciones laborales: las paredes maestras de la “Reforma 2009” de la Ley de Extranjería en España», *Tribuna Social*, núm. 240, diciembre de 2010, pp. 67 y ss.

(57) La STC 236/2007 declaró la inconstitucionalidad del precepto (art. 11.1 LOE), pero no su nulidad porque ello habría producido un vacío legal contrario a la Constitución, pues conduciría a la denegación de este a todos los extranjeros en España con independencia de su situación o, en caso de suprimir el inciso relativo a la autorización de estancia y residencia, ello supondría una clara alteración de la voluntad del legislador, pues se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio del derecho (FJ 17). Ello hacía absolutamente necesaria una intervención del legislador (la referida LO 2/2009, de 11 de diciembre), que ha terminado con la situación anómala creada por la sentencia constitucional, reconociendo el derecho de libertad sindical a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en condiciones de igualdad con los españoles.

ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Los derechos laborales individuales y de Seguridad Social de los inmigrantes», en *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes* (dir. J. LÓPEZ LÓPEZ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

(58) Como argumento adicional, la STC 259/2007 (FJ 7) añade que entre los intereses de los trabajadores, a cuyo fin se endereza el reconocimiento del derecho de huelga, puede encontrarse precisamente la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa, lo que legitima la convocatoria de una huelga dirigida frente a los poderes públicos para la consecución de dicho objetivo.



### III. EL FUTURO DE LA INMIGRACIÓN LABORAL ANTE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2013: ¿DÓNDE HA QUEDADO LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS?

RAQUEL VELA DÍAZ

*Personal Investigador.*

*Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Jaén*

#### RESUMEN

##### **El futuro de la inmigración laboral ante los Presupuestos Generales del Estado para 2013: ¿Dónde ha quedado la integración de las personas extranjeras?**

La regulación de la realidad migratoria en España ha estado caracterizada y ha tratado continuamente de ajustarse a las distintas circunstancias y coyunturas económicas, sociales y de empleo, ejerciendo sus efectos sobre las personas trabajadoras extranjeras y sus familias. Así lo pone de manifiesto la importante restricción de los flujos migratorios laborales de los últimos años a raíz de la recesión económica, la realidad de la atención sanitaria tras la reforma llevada a cabo, así como la realidad de las políticas de integración en España, afectadas por importantes recortes presupuestarios que redundarán en una pérdida de cohesión social. Ante el alcance y las implicaciones de estas situaciones que el presente estudio analiza, pretendemos hacer una reflexión sobre el necesario impulso de la integración, especialmente desde el punto de vista del empleo, partiendo de las propuestas e iniciativas planteadas desde instancias Comunitarias.

**Palabras clave:** Política migratoria, Ley de Extranjería, mercado de trabajo, Planes de Integración, asistencia sanitaria, Agenda Europea para la integración de los nacionales de terceros países.

#### ABSTRACT

##### **The future of labour immigration according to the General State Budget for 2013: In which situation is now the integration of foreign people?**

The regulation of the migration situation in Spain has been characterized and has continuously tried to adjust to changing circumstances and economic circumstances, social and employment, exerting its effects on foreign workers and their families. So it shows the important restriction of labor migration in recent years due to the economic downturn, the reality of healthcare reform after accomplished, and the reality of integration policies in Spain, affected by major budget cuts that will result in a loss of social cohesion. Given the scope and implications of these situations, the present study analyzes, we intend to reflect on the necessary momentum of integration, especially from the point of view of employment, based on proposals and initiatives arising from EU authorities.

**Key words:** Immigration policy, Immigration Law, labor market integration plans, health care, European agenda for the integration of third country nationals.

-----

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL AJUSTE DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS-LABORALES A LOS INTERESES DE LA ECONOMÍA NACIONAL.
  - II. EL CAMBIO DE CICLO ECONÓMICO: EL COMIENZO DE LA RESTRICCIÓN A LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES, UN GIRO DE 360°.
  - III. CRISIS ECONÓMICA Y DE EMPLEO Y AJUSTE DE FLUJOS MIGRATORIOS *VERSUS* INTEGRACIÓN.
    1. **El mayor impacto de la crisis sobre la población extranjera.**
    2. **La actual realidad de las políticas de integración en España.**
      - A) Planes de integración y recortes presupuestarios del Fondo para la Integración de Inmigrantes.
      - B) Atención sanitaria y ciudadanía social: el impacto de la reforma sanitaria sobre la población extranjera en situación irregular.
  - IV. EL NECESARIO IMPULSO DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL EN TIEMPOS CONVULSOS. PROPUESTAS E INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INTEGRACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS DE EMPLEO.
  - V. CONSIDERACIONES FINALES.
- 

### I. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL AJUSTE DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS-LABORALES A LOS INTERESES DE LA ECONOMÍA NACIONAL

De todos es conocido que en las dos últimas décadas el fenómeno migratorio, por su amplitud y continuidad, ha pasado a conformar parte de la estructura de la sociedad española, ante la necesidad en su día de incorporación de mano de obra extranjera durante los años de bonanza económica. De esta manera, la regulación de esta realidad migratoria, de fundamento en esencia laboral, ha estado caracterizada y ha tratado continuamente de ajustarse a las distintas circunstancias y coyunturas económicas, sociales y de empleo, que han mostrado su naturaleza variable.

Pero este continuo intento de acomodación de las políticas migratorias a la fluctuante realidad económica y social va a ejercer sin duda sus efectos perversos sobre algunos de los protagonistas de este complicado escenario al que asistimos: las personas trabajadoras extranjeras y sus familias, que terminan quedando relegadas a un segundo plano, ante la prioridad de los intereses y necesidades de la economía nacional.

Una mirada hacia atrás nos muestra que, durante años, el sistema productivo español, por un lado, ha necesitado emplear de forma intensiva mano de obra barata para el mantenimiento de una serie de sectores de actividad, para lo cual ha sido constante y significativo el reclutamiento de personas extranjeras para trabajar en estas ocupaciones, que eran

desempeñadas en menor medida por personas nacionales, como el sector turístico, la construcción, la agricultura y el empleo doméstico<sup>(1)</sup>. A lo que debemos unir, por otro lado, el fuerte peso de la economía sumergida y de las actividades poco reguladas que han venido caracterizando nuestro mercado de trabajo, en las que se encuentra sobrerrepresentada la población de origen inmigrante<sup>(2)</sup>. Así, ambas cuestiones han venido generando un constante flujo migratorio hacia nuestro país y, a la vez, una acumulación continua de trabajadores y trabajadoras inmigrantes en situación irregular. Una situación que ha sido posible en virtud de la acomodación de la legislación de extranjería a las exigencias de temporalidad de los mercados, a la vez que se ha producido un mayor deterioro de cualquiera de sus condiciones de trabajo y empleo, respecto de las personas trabajadoras autóctonas en esos mismos sectores<sup>(3)</sup>.

En este sentido, han sido diversos los procesos de regularización extraordinaria que se han llevado a cabo en nuestro país, con el fin de dar respuesta, por un lado, al considerable número de personas inmigrantes en situación irregular, y por otro lado a la necesidad de trabajadores y trabajadoras inmigrantes para ocupar aquellos sectores inferiores de la pirámide ocupacional en los que se han insertado mayoritariamente, como consecuencia de la estratificación que caracteriza el mercado de trabajo español. A lo que hay que unir la política de concesión de visados aplicada<sup>(4)</sup>.

Así, desde la Ley de Extranjería de 1985 hasta ahora, se han instrumentado seis procesos de regularización extraordinaria que han proporcionado permiso de residencia y trabajo a un significativo número de personas inmigrantes que se encontraban en una situación no regularizada<sup>(5)</sup>. De esta forma, el total de regularizaciones extraordinarias de personas trabajadoras extranjeras llevadas a cabo en los seis procesos realizados hasta el año 2005 ascienden a 1.203.688, que, aunque no todos hayan permanecido hasta la actualidad como residentes regulares, representaban el importante porcentaje del 44% de los residentes

---

(1) CACHÓN, L.: «La formación de la España inmigrante: mercado y ciudadanía», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 97, 2002, pp. 95-126, CACHÓN, L.: «La inmigración en España: los desafíos de la construcción de una nueva sociedad», *Revista Migraciones*, núm. 14, diciembre de 2003, pp. 219-304. Una concentración en estos sectores de actividad de la que también se hace eco el I Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010, en el Área de Empleo.

(2) GORDO MÁRQUEZ, M.: «Economía sumergida e inmigración extranjera en España: reflexiones ante el actual contexto de crisis», en AA.VV. (ed.), *Actas del II Congreso Internacional de Desarrollo Local*, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, Provincia de Buenos Aires (Argentina), 2010, pp. 1-17. Edición electrónica.

(3) MOLINA NAVARRETE, C.: «Inmigración, empleo y mercado de trabajo: La inmigración económica extranjera en tiempos de crisis», en MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), AA.VV.: *La inmigración a Europa: Hacia un nuevo futuro*, Litalia, Jaén, 2010, p. 19. En este sentido, el autor también señala que la tasa de siniestralidad de la población laboral inmigrante extranjera es muy superior a la de los nativos.

(4) Ampliamente ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La adaptación del modelo español de regulación de las migraciones laborales a los cambios económicos y sociales: una perspectiva evolutiva», *CEF, Trabajo y Seguridad Social*, núm. 351, junio de 2012, pp. 77-78, haciendo referencia más concretamente a lo que menciona como «discrecionalidad administrativa».

(5) Estos seis procesos de regularización extraordinaria fueron llevados a cabo en los años 1986 (conforme a la Disposición transitoria segunda de la LO 7/1985, de 1 de julio), 1991 (Resolución de 7 de junio de 1991), 1996 (RD 155/1996, de 2 de febrero), 2000 (RD 239/2000, de 18 de febrero), 2001 (RD 142/2001, de 16 de febrero), y 2005 (RD 2393/2004, de 30 de diciembre).

autorizados con fecha del 31 de diciembre de 2005<sup>(6)</sup>. Por lo tanto, estas regularizaciones implicaron un aumento significativo del número de personas extranjeras residentes en situación de regularidad administrativa. A lo que cabe añadir las posibilidades de regularización ordinaria y permanente que han proporcionado los supuestos de arraigo (laboral, social y familiar). El arraigo social, que implica un periodo de residencia y una oferta de empleo, vino a consolidarse en la práctica como la vía normal de acceso al mercado de trabajo español.

Y si bien en nuestro entramado sistema normativo de extranjería —que se inició con la Ley Orgánica 7/1985, seguida por la LO 4/2000, la LO 8/2000, la LO 11/2003, la LO 14/2003, hasta llegar a la última reforma operada mediante Ley Orgánica 2/2009<sup>(7)</sup>, además de los distintos textos reglamentarios de desarrollo de estas<sup>(8)</sup>—, se ha consagrado la gestión de contrataciones en origen como una figura esencial en la ordenación de los flujos migratorios, en la práctica, los contingentes establecidos no siempre han logrado cumplir con el objetivo para el que estaban inicialmente concebidos<sup>(9)</sup>.

De hecho, los elevados índices de irregularidad de los primeros años de inmigración a España se explican por las escasas facilidades con las que contaban los empresarios españoles para contratar en origen, dada la inexistencia de agencias o instituciones intermedias. De ahí que el itinerario de una gran parte de las personas extranjeras que pretendían trabajar en España fuera la entrada como turistas, la búsqueda de trabajo y el intento de regularización posterior<sup>(10)</sup>.

Incluso, desde que se iniciara la política de contingentes en 1993, se trató de una política de regularizaciones disimuladas como «contingente anual», que se aprobó cada año entre 1993 y 1999. Se trataba de una regularización encubierta porque quienes se acogían, no eran nuevas personas inmigrantes que llegaban a España, sino las que estaban aquí en situación irregular y al apuntarse al contingente conseguían «papeles» para pasar a una situación de regularidad en ese momento (30.000 personas de media anual). Se trataba de una solución falsa en sus dos extremos, porque el Ejecutivo sabía que no había llegada de nuevas personas inmigrantes, sino regularización de trabajadores y trabajadoras que llevaban años aquí en situación irregular y aprovechaban el contingente para pasar a una situación de regularidad<sup>(11)</sup>.

---

(6) PÉREZ INFANTE, J.I.: «El marco legal y la problemática del empleo de los extranjeros en España: una perspectiva económica», en GARCÍA ROCA, J. y LACOMBA, J. (eds.): *La inmigración en la sociedad española. Una radiografía multidisciplinar*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008, pp. 116-126.

(7) BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003 y BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, respectivamente.

(8) RD 1119/1986, de 26 de mayo, RD 155/1996, de 2 de febrero, RD 864/2001, de 20 de julio, RD 2393/2004, de 30 de diciembre, RD 1162/2009, de 10 de julio y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

(9) CEINÓS SUÁREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Wolters Kluwer, Madrid, 2006.

(10) AJA FERNÁNDEZ, E.: «La legislación española en materia migratoria: retrospectiva histórica y situación actual», Actas de las V Jornadas OPAM: *La gobernanza del hecho migratorio*, Sevilla, noviembre de 2012. [www.juntadeandalucia.es/justiciaeinterior/opam/sites/default/files/DOC/Actas\\_V\\_Jornadas\\_OPAM.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/justiciaeinterior/opam/sites/default/files/DOC/Actas_V_Jornadas_OPAM.pdf).

(11) AJA FERNÁNDEZ, E.: «La evolución de la normativa sobre inmigración», en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación Cidob, Barcelona, 2006, pp. 35-40.

Esta visión panorámica de la inmigración laboral en España durante las primeras etapas pone de manifiesto la opción a menudo seguida por el legislador consistente en adaptar y abordar las disfunciones del modelo, mediante otro tipo de infranormas o instrumentos paralelos, ante la falta de respuesta eficaz o a destiempo por parte de los propios textos legislativos de extranjería, pero siempre al servicio de las necesidades e intereses generados en los distintos ciclos del Estado Español como país receptor de inmigración.

## II. EL CAMBIO DE CICLO ECONÓMICO: EL COMIENZO DE LA RESTRICCIÓN A LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES, UN GIRO DE 360°

Los procesos migratorios se encuentran íntimamente ligados a las transformaciones y demandas del mercado de trabajo, a los déficits de mano de obra y a los desajustes registrados a lo largo de las últimas décadas<sup>(12)</sup>.

El notable incremento de trabajadoras y trabajadores extranjeros que se produjo a partir del año 2000 no sólo supuso un aumento espectacular de la inmigración a España, sino también un sustancial aumento del número de ocupados en nuestro país. Un incremento que posibilitó el fuerte crecimiento económico experimentado por el Estado Español durante los primeros años del siglo XXI, lo que a su vez generó para las personas autóctonas un aumento de los puestos de trabajo con mejores condiciones, que favoreció su movilidad ascendente<sup>(13)</sup>, a lo que hay que añadir la ocupación masiva de trabajadoras extranjeras en el empleo doméstico y de cuidados, así como de atención a la dependencia, posibilitando una importante incorporación de las mujeres autóctonas al mercado de trabajo<sup>(14)</sup>. Destaca así la vital aportación de la población trabajadora de origen inmigrante en la etapa de expansión económica de nuestro país.

En este sentido, estudios realizados sobre la aportación que la inmigración ha tenido en la economía española concluyen que el 60% del crecimiento de la economía española entre 2000 y 2010 se debe a la inmigración, así como el aumento de un 32% de la renta per cápita. También señalan que la llegada de personas inmigrantes ha retrasado en casi cinco años la entrada en déficit del sistema de pensiones, a la vez que ha permitido a los nativos acceder a empleos más cualificados y mejor remunerados, ha favorecido la incorporación de la mujer al mercado laboral y ha impulsado la movilidad ocupacional y geográfica<sup>(15)</sup>.

---

(12) ARAGÓN MEDINA, J. *et al.*: «La integración laboral de las personas inmigrantes en España», Fundación I.º de Mayo, CC.OO., junio de 2010. <[www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe20.pdf](http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe20.pdf)>.

(13) PAJARES, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2007*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2007, pp. 100-105; *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 27-29.

(14) VELA DÍAZ, R.: *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2012, pp. 27-31; PARELLA RUBIO, S.: *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003; TAMAYO D'OCÓN, G.L.: «Mujer inmigrante en España», en HERNÁNDEZ BORGE, J., y GONZÁLEZ LOPO, D.L.: *Actas del Coloquio Internacional Cátedra UNESCO 226 sobre Migraciones*. Universidad de Santiago de Compostela, 2008.

(15) Informe elaborado por la Fundación IDEAS en mayo de 2011, bajo el título «La contribución de la inmigración a la economía española. Evidencias y perspectivas de futuro». <[www.astrid-online.it/Immigrazio/Documenti/Fundacion\\_ideas\\_MIGRACIONES\\_maggio-2011.pdf](http://www.astrid-online.it/Immigrazio/Documenti/Fundacion_ideas_MIGRACIONES_maggio-2011.pdf)>.

Para canalizar estas necesidades de mano de obra extranjera se apostó, al menos en teoría, por el régimen del contingente anual de trabajadores, denominado posteriormente, gestión colectiva de contrataciones en origen tras la aprobación de la LO 2/2009 de reforma de la Ley de Extranjería, siendo el contingente de 2002 el primero que no supuso una regularización encubierta. De esta manera, en este periodo de crecimiento masivo del número de personas trabajadoras de origen extranjero, el citado contingente, se convirtió en el cauce oficial para la canalización de los flujos migratorios, aunque en la práctica se mostró claramente ineficaz para cumplir este cometido, pues no ha sido la modalidad de entrada de mano de obra extranjera más utilizada, ni ha conseguido erigirse como la fórmula más idónea de canalización de flujos laborales extranjeros<sup>(16)</sup>.

No obstante, resulta de interés detenernos a valorar de forma sucinta cuál ha sido la evolución de la gestión colectiva de contrataciones en origen a lo largo de los últimos años, pues, a pesar de las «disfunciones» y «deficiencias» detectadas<sup>(17)</sup>, es un claro indicador del giro radical que se ha producido en la gestión y ordenación de los flujos migratorios hacia nuestro país, lo que nos dará también la clave de posteriores restricciones y limitaciones introducidas en diferentes ámbitos tales como la integración, la sanidad o el empleo, que en relación con la inmigración se han plasmado tanto de forma normativa como presupuestaria.

En el año 2006<sup>(18)</sup>, el gobierno autorizó un contingente de 16.878 trabajadores extranjeros de régimen no comunitario, en el año 2007<sup>(19)</sup> un contingente de 27.034 trabajadores extranjeros de régimen no comunitario, y en el año 2008<sup>(20)</sup> un contingente de 15.731 trabajadores extranjeros no comunitarios.

Posteriormente, en el año 2009<sup>(21)</sup> se fijó un contingente de 901 trabajadores, un número mucho más reducido que en los años anteriores, debido a las dificultades económicas y de empleo que había empezado a atravesar España desde mediados del año 2008. Estas cifras podían ser objeto de modificaciones durante el año, de acuerdo con la evolución de las necesidades del mercado de trabajo<sup>(22)</sup>.

La gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010<sup>(23)</sup> estableció con carácter muy restrictivo en términos cuantitativos el número de trabajadores extranjeros no comunitarios que podían acceder a España por esta vía. Así, el número de contrataciones previstas para 2010 se redujo de una manera drástica, puesto que solamente se ofertaron 168

---

(16) ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «La adaptación del modelo español de regulación de las migraciones laborales a los cambios económicos y sociales: una perspectiva evolutiva», *op. cit.*, p. 82.

(17) IGARTÚA MIRÓ, M.T.: «Gestión colectiva de las contrataciones en origen», en AA.VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *El novísimo Reglamento de Extranjería*, Laborum, Murcia, 2011, p. 251.

(18) BOE núm. 14, de 17 de enero de 2006.

(19) BOE núm. 8, de 9 de enero de 2007.

(20) BOE núm. 11, de 12 de enero de 2008.

(21) BOE núm. 6, de 7 de enero de 2009.

(22) Así lo contempla el art. 169.4 del RD 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, que prevé una posible revisión a lo largo del año para adaptarlo a la evolución del mercado de trabajo. Estas ofertas deben cursarse preferentemente a los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

(23) Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2009.

contrataciones en origen. Este acuerdo de gestión colectiva de contrataciones en origen, claramente afectado por las consecuencias de la crisis económica, ha significado un punto de inflexión en la política nacional de contingentes, al rebajarse drásticamente el número de ofertas y, sobre todo, al concretarse en un perfil laboral más técnico y cualificado, frente a las ocupaciones demandadas en años anteriores mayoritariamente de baja cualificación, lo que pone de manifiesto que la prioridad del Gobierno en materia de empleo se estaba centrando en la recolocación de los trabajadores y trabajadoras nacionales que han perdido su puesto de trabajo, por lo que el contingente de trabajadores extranjeros fue de cero en un número considerable de Comunidades Autónomas. Las mencionadas contrataciones ofertadas fueron un número casi simbólico, lo que plantea la duda de si realmente era necesario que ese año se dictara esta norma, ya que esas contrataciones podían cubrirse por la vía de la contratación del régimen general<sup>(24)</sup>. Ello nos lleva a pensar que pudo tratarse quizás de una opción gubernamental para poder ampliar, en su caso, el número de personas contratadas en origen si la situación de empleo hubiera mejorado en España y así lo hiciera necesario<sup>(25)</sup>.

Reducción aún más drástica se puede observar en la gestión colectiva de contrataciones en origen para el año 2011<sup>(26)</sup>, que ofertaba únicamente 14 contrataciones en origen de la especialidad de Medicina. Por su parte, en la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012<sup>(27)</sup>, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, tras las consultas realizadas a las CC.AA. y una vez recibida la información del Servicio Público de Empleo Estatal sobre la situación nacional de empleo, ha considerado conveniente no aprobar contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable, ni tampoco ha previsto la concesión de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos y nietos de español de origen, o limitados a determinadas ocupaciones. La orden se limita exclusivamente a establecer las particularidades del procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio.

Este rotundo cambio en cuanto a la apertura y ordenación de entrada de flujos migratorios, generado ante un escenario de crisis que comenzó a ejercer su espectacular impacto negativo sobre el empleo, ha venido acompañado además de medidas políticas de retorno. Y si bien desde el año 2003 se han venido concediendo periódicamente subvenciones para el retorno voluntario de los extranjeros que presentaban dificultades especiales, en el año 2008, ya en pleno proceso de recesión económica, se estableció la medida de retorno mediante la capitalización de la prestación por desempleo, con el fin de incentivar la salida voluntaria de personas inmigrantes de nuestro país, de algún modo sin importar sus trayectorias, el tiempo de estancia en España, o incluso el proyecto de vida que tuvieran<sup>(28)</sup>.

---

(24) Este sistema de acceso al mercado de trabajo español es concedido al margen de las contrataciones en origen y en función de la situación nacional de empleo, como establece el art. 38.1 LOEX.

(25) ROJO TORRECILLA, E.: «Gestión colectiva de contrataciones en origen (“contingente”) para 2010», 29 de diciembre de 2009 (<<http://eduardorjoblog.blogspot.com/>>).

(26) Orden TIN/3364/2010, de 28 de diciembre. BOE núm. 317, de 30 de diciembre de 2010.

(27) Orden ESS/1/2012, de 5 de enero. BOE núm. 5, de 6 de enero de 2012.

(28) Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen, y Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, que lo desarrolla.

Lo que se pretendió en su día con la puesta en marcha de este instrumento legal fue tratar de disminuir el número de personas desempleadas existentes, intentando erradicar las del colectivo de personas inmigrantes, fomentando la vuelta a su país de origen con el fin de rebajar la presión sobre el mercado nacional de trabajo<sup>(29)</sup>. Sin embargo, uno de los elementos definidores de la inmigración de estos últimos años es que se contempla cada vez menos el retorno al país de origen (inmigración temporal), un aspecto que el legislador español no ha tenido en cuenta con este tipo de medidas, con fundamento en la coyuntura de crisis económica y de empleo actual, olvidando las pretensiones fundadas de estabilizarse y establecerse por parte de las personas inmigrantes en la sociedad de acogida (inmigración definitiva). Se produce así un choque y confrontación entre la propia realidad social de la inmigración y el marco jurídico regulador de esta. Se produce una dialéctica y una tensión entre las dimensiones de la integración y la exclusión social y laboral de las personas extranjeras inmigrantes<sup>(30)</sup>. Por tanto, es necesario superar ese enfoque de la situación de las personas inmigrantes como las de «aves de paso», imagen típica de las políticas migratorias de mediados de los años ochenta y de los noventa, pero que se sigue manteniendo aún hoy, a pesar de distar de la realidad<sup>(31)</sup>.

Así pues, la autorregulación de los flujos migratorios en este contexto de crisis se ha vinculado más a la entrada —pues España ha dejado de ser un destino atractivo dada sus elevadas tasas de desempleo, un frenazo de las llegadas que nos muestran las estadísticas— que a la salida de personas inmigrantes, como se desprende del análisis de las cifras de personas que se han acogido a estos programas de retorno, que han tenido un seguimiento muy reducido<sup>(32)</sup>.

### III. CRISIS ECONÓMICA Y DE EMPLEO Y AJUSTE DE FLUJOS MIGRATORIOS VERSUS INTEGRACIÓN

#### 1. El mayor impacto de la crisis sobre la población extranjera

En este ajuste en la regulación de flujos migratorios motivado por la destrucción de empleo como consecuencia del cambio de ciclo económico y por la masiva expulsión de trabajadores y trabajadoras del mercado de trabajo, el lógico planteamiento de reducción en la entra-

---

(29) Así lo ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina laboral; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El Derecho Social ante la crisis», *Revista Aranzadi Social*, núm. 19, 2009, p. 23; PÉREZ YÁÑEZ, R. M.ª: «A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009, p. 77.

(30) TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Protección por desempleo para extranjeros inmigrantes en España: ¿Política de integración o de exclusión?», comunicación presentada al *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, 21 al 23 de septiembre de 2011, p. 4.

(31) MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La cuestión: algunas claves para la comprensión del modelo de inserción sociolaboral de la población inmigrante en Andalucía», en AA.VV., MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.): *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: Balance y perspectivas de futuro*, Litteralia, Jaén, 2009, p. 34.

(32) TOBES PORTILLO, P.: «Inmigración: crisis económica y protección por desempleo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 91, 2011, p. 16.

da de migrantes debería ser paralelo al incremento de políticas de integración y protección para aquellas personas inmigrantes que ya forman parte de la sociedad española.

Como punto de partida, España cuenta con un mercado laboral estratificado o segmentado, es decir, un mercado en el que existen fuertes diferencias en la situación laboral de los individuos de distinta procedencia<sup>(33)</sup>, y ya antes de la crisis económica las condiciones de trabajo de las personas inmigrantes se caracterizaban por ser inferiores a las de los nacionales<sup>(34)</sup>. A lo que hay que unir, por un lado, el mayor impacto que la situación de desempleo puede generar en una persona inmigrante respecto a una nativa y, por otro lado, la menor capacidad de recuperación de la persona desempleada inmigrante o menor «resiliencia»<sup>(35)</sup>.

Esta mayor dificultad que la situación de desempleo supone para una persona inmigrante con respecto a las nacionales deriva principalmente de una serie de razones. En primer lugar, la persona inmigrante (y las familias inmigrantes) tienen una mayor dependencia de las rentas salariales, con escasas fuentes de ingresos alternativas. En segundo lugar, su volumen de ahorro es reducido, como el de cualquier otra persona trabajadora con escasos salarios, nativa o inmigrante, pero reducido adicionalmente en muchos casos por las remesas enviadas a sus países de origen<sup>(36)</sup>. En tercer lugar, la mayor parte de las personas inmigrantes sólo pueden acreditar una trayectoria laboral breve y una antigüedad muy reducida que limita el acceso y la cuantía de las indemnizaciones por despido y las prestaciones por desempleo. En el caso de mujeres inmigrantes empleadas en el sector doméstico, no tienen derecho a percibir prestaciones por desempleo, a pesar de la nueva regulación producida en este sector tanto de la relación laboral de carácter especial como de la inclusión del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. Por último, la dimensión y alcance de las redes sociales es mucho más

---

(33) A este respecto, el profesor MOLINA NAVARRETE, C.: «Inmigración, empleo y mercado de trabajo: La inmigración económica extranjera en tiempos de crisis», *op. cit.*, p. 19, considera que la realidad del mercado de trabajo español evidencia que la teoría de la segmentación tiene más elementos de solidez que la contraria en relación al empleo de los trabajadores inmigrantes, haciendo una especial mención al «empleo femenino» como una cuestión social que interfiere también en la primera a través de las teorías de la «doble discriminación» del «colectivo» de mujeres inmigrantes (por inmigrante y por mujer).

(34) Los estudios realizados ponen de manifiesto el incremento de las diferencias laborales en cuanto a empleo, ingresos y protección social que a consecuencia de la crisis se han generado y acrecentado entre la población inmigrante y la población autóctona. Véase un estudio promovido por la Organización Internacional para las Migraciones, COLECTIVO IOÉ: «Impactos de la crisis sobre la población inmigrante», 2012.

(35) MAHÍA, R., y DEL ARCE, R.: «Impacto de la crisis laboral sobre la población inmigrante», Real Instituto Elcano, Enero 2010. <[www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari21-2010](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari21-2010)>.

Originalmente el término «resiliencia» proviene de la física (es la cantidad de energía que guarda un cuerpo al deformarse), una energía que el cuerpo usa para reponerse tras la deformación, para alcanzar su estado natural. En psicología se usa para referirse básicamente a algo que puede denominarse «flexibilidad adaptativa», un concepto que en el contexto de crisis tiene también una interpretación inmediata: la capacidad del desempleado de retornar al estatus de ocupado.

(36) Un estudio realizado para la Comunidad de Madrid en 2007 indicaba que la cantidad promedio de ahorro interno por hogar inmigrante no excedía los 160 euros al mes, una vez descontado un envío promedio de remesas, estimado de unos 180 euros. *Vid.* VICENS, J. y MAHÍA, R.: *Hábitos de Consumo de los Extranjeros en la Comunidad de Madrid*, Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, Comunidad de Madrid, 2007.

limitado, lo que acentúa el grado efectivo de desprotección ante una situación de crisis, al contar con un menor apoyo de rentas de familiares, amigos, etc.<sup>(37)</sup>.

Respecto a la menor «resiliencia» de la población inmigrante, deben considerarse también varios factores agravantes, entre los que destacan, por un lado, una biografía laboral inmadura que limita la adaptabilidad a los cambios de la demanda, la movilidad sectorial, etc.; por otro lado, un menor conocimiento de los recursos adaptativos, como la reinserción laboral, el autoempleo, etc., y finalmente, un estatus administrativo provisional en muchos casos (excepto para los que han alcanzado ya el permiso de residencia permanente), que limita su adaptabilidad, imponiendo plazos o restricciones a su participación en el mercado laboral, lo que aumenta el riesgo de un crecimiento de la irregularidad sobrevenida.

En definitiva, muchos trabajadores y trabajadoras inmigrantes que se encontraban integrados en la sociedad española debido principalmente a su participación en el mercado de trabajo están quedando desprotegidos económicamente ante la pérdida del empleo, lo que puede implicar a su vez una situación de irregularidad jurídica posterior ante la dificultad de poder renovar sus correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo.

Y es que nuestro sistema de autorizaciones de residencia y trabajo es un sistema escalonado, es decir, es necesario hacer una renovación periódica de la autorización mediante la acreditación de haber realizado una actividad laboral, hasta que se alcanza la residencia de larga duración. Por lo tanto, cuando se pierde el empleo y se agotan las prestaciones correspondientes, no se pueden renovar dichas autorizaciones. A lo que debemos unir una posible supresión anunciada por el nuevo Ejecutivo de la regularización por la vía del arraigo, o bien una consideración de condicionamiento del arraigo social<sup>(38)</sup> a la situación nacional de empleo, una puesta en marcha que significaría la imposibilidad de regularizaciones de personas extranjeras en España mediante esta figura, dada la dramática situación de desempleo. Sin embargo, se trata de una posibilidad que viene contemplada en el artículo 124.4 del propio RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería<sup>(39)</sup>.

Al mismo tiempo, la población inmigrada se ve también más castigada por el auge de los estereotipos xenófobos que siempre se revitalizan en tiempos de crisis<sup>(40)</sup>. Por lo general, las crisis generan tendencias irracionales a la defensa de lo propio, contra cualquier

---

(37) MAHÍA, R., y DEL ARCE, R.: «Impacto de la crisis laboral sobre la población inmigrante», *op. cit.*

(38) Procedimiento a través del cual podrán obtener una autorización de residencia las personas extranjeras que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, junto a otros requisitos especificados en el art. 124 del RD 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería.

(39) «Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social».

(40) La crisis económica no puede ser el tobogán por donde corremos el peligro del deslizamiento a terrenos muy peligrosos, como ya ha ocurrido en algún país europeo, donde han pasado de un «estado de xenofobia» a una «xenofobia de estado», sino que otro tipo de discurso es posible y en la crisis más necesario que nunca. Es necesario un discurso que defienda, por un lado, la migración ordenada y gestionada con eficacia, porque el desorden migratorio desestabiliza la democracia, y, por otro, que defienda una inmigración con derechos en términos de igualdad, porque eso es lo que la legitima. Véase CACHÓN, L.: «De la crisis económica a la crisis (en plural) sobre la inmigración», en FERRER SAIS, T. (coord. gral.), AA.VV.: *Anuario de Relaciones Laborales en España 2010*, UGT, Madrid, 2010.

cosa que se considere ajeno o exterior. La llegada de mano de obra foránea suscita el temor de la autóctona a ser reemplazada, porque la urgencia de la primera por trabajar les impulse a hacerlo, admitiendo recortes de salarios y otros deterioros en las condiciones laborales. Este temor tiende a acrecentarse ante el cambio de ciclo económico, por este motivo es más fácil que la población inmigrante sufra en este contexto mayores riesgos de exclusión y de discriminación, y frente a ello sólo cabe el reforzamiento de las políticas antidiscriminatorias y de defensa de la igualdad de oportunidades y de trato<sup>(41)</sup>, es decir, una intensificación de las políticas de integración.

De esta forma, y por la especial incidencia que en los países occidentales está teniendo la crisis económica en la población inmigrante, incluso desde la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) se solicitan sean tomadas medidas urgentes dirigidas a prevenir el impacto de la crisis económica y social sobre los trabajadores y trabajadoras migrantes<sup>(42)</sup>.

Finalmente, no podemos olvidar que España cuenta ya con más de 700.000 personas inmigrantes nacionalizadas, es decir, que han accedido a la nacionalidad española por residencia, personas que ya no aparecen en las estadísticas de extranjería, si bien pueden experimentar circunstancias sociales similares a las predominantes entre el resto de la población inmigrada<sup>(43)</sup>.

## 2. La actual realidad de las políticas de integración en España

### A) *Planes de integración y recortes presupuestarios del Fondo para la Integración de Inmigrantes*

Como hemos afirmado, en una situación de crisis económica y de empleo que autorregula y reduce los flujos migratorios de entrada es más necesario que nunca impulsar medidas de integración socioeconómica para aquellas personas de origen inmigrante que ya forman parte de nuestra sociedad, desarrollando su proyecto de vida en ella con pretensiones de estabilidad, y en numerosas ocasiones junto a sus familiares y reagrupados.

Pero, como es lógico, se necesitan recursos para la puesta en marcha de políticas de integración, o dicho de otro modo, para políticas que refuercen la cohesión social y que redunden en beneficio del conjunto de la sociedad, de políticas que en el tiempo presente refuercen el proceso de acogida, convivencia, cohesión e inclusión social<sup>(44)</sup>, de conformidad con el artículo 2 ter de la Ley de Extranjería, que bajo la rúbrica «Integración de los inmigrantes» establece la promoción de la plena integración de los extranjeros en la sociedad española por los poderes públicos.

---

(41) CEA D'ANCONA, M.A. y VALLES MARTÍNEZ, M.S.: *Evolución del racismo y la xenofobia en España. Informe 2009*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pp. 283-302.

(42) Así lo recoge el estudio «Fortalecer la gobernanza de la migración» (Strengthening Migration Governance).

(43) AJA FERNÁNDEZ, E.: «La legislación española en materia migratoria: retrospectiva histórica y situación actual», *op. cit.*

(44) ROJO TORRECILLA, E.: «Reflexiones sobre la inmigración y cómo están impactando los cambios normativos, económicos y sociales sobre la misma (I)», 8 de noviembre de 2012 ([www.eduardorjotorrecilla.es/2012/11/reflexiones-sobre-la-inmigracion-y-como...html](http://www.eduardorjotorrecilla.es/2012/11/reflexiones-sobre-la-inmigracion-y-como...html)).

En este sentido, el Fondo de Apoyo a la Acogida y a la Integración de Inmigrantes constituido en 2004, y desarrollado en el marco del Ministerio de Trabajo e Inmigración a través de transferencias económicas a las Autonomías en base al principio de presión migratoria, se instituyó para dotar económicamente y apoyar la acogida, integración y refuerzo educativo de las personas inmigrantes, financiando los planes para la inserción social, laboral y educativa del colectivo, mediante programas de formación, fomento del empleo y mediación intercultural ejecutados por organizaciones no gubernamentales (ONG), Comunidades Autónomas y Ayuntamientos. No obstante, desde 2008 este fondo no está consignado en los Presupuestos Generales del Estado, debido a las dificultades para su aprobación en el Congreso, decidiéndose a través de acuerdos o resoluciones del Consejo de Ministros<sup>(45)</sup>.

En los años 2010 y 2011 el fondo experimentó un importante recorte, respondiendo a medidas de reducción de presupuesto frente a la crisis económica y un flujo menor de personas inmigrantes que llegaron a España. A lo que hay que añadir que en el año 2012 se ha producido una supresión de este Fondo para la Integración de personas inmigrantes, quedando por tanto sin recursos, medida que ha sido muy criticada por organizaciones sociales y fuerzas políticas.

Y es que el cumplimiento de los objetivos del II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014 se encuentra en la mayoría de las ocasiones ligado a la partida del mencionado Fondo suprimido<sup>(46)</sup>, pero a pesar de ello la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013, aprobada mediante Ley 17/2012, de 27 de diciembre<sup>(47)</sup>, mantiene de nuevo dicha suspensión, pues, tal y como indica su disposición adicional octogésima sexta, vuelve a quedar sin efecto para el ejercicio 2013 lo previsto en el artículo 2 ter.4 de la Ley de Extranjería<sup>(48)</sup>.

Ya en su día, los pronósticos por la no asignación presupuestaria procedentes de las asociaciones de ayuda a las personas inmigrantes así como de diversas ONG, manifestaron que la desaparición de esta partida paralizaría cientos de planes de integración de municipios y CCAA, considerando además que sin las acciones de integración y cohesión social que permitía el fondo, aumentaría el riesgo de marginalidad y exclusión de las personas inmigrantes, siendo la inversión en cohesión social en tiempos de crisis más necesaria que nunca<sup>(49)</sup>.

---

(45) ORTEGA PÉREZ, N.: «Análisis del cambio en política de inmigración en España en contexto de crisis económica. Un estudio de caso: la Comunidad Autónoma de Andalucía», X Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: *La Política en la Red*, Murcia, 7-9 de septiembre de 2011.

(46) Es curioso que mientras que la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados aprobaba una moción el día 27 de marzo de 2012 en términos favorables al mantenimiento de este fondo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2012 no dedicara partida alguna al fondo, tal y como apostilla el profesor ROJO TORRECILLA, E.: «Reflexiones sobre la inmigración y cómo están impactando los cambios normativos, económicos y sociales sobre la misma (I)», *op. cit.*

(47) BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012.

(48) «De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, el Gobierno y las Comunidades autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo».

(49) <<http://periodismohumano.com/migracion/espana-suspende-fondos-para-la-integracion-de-inmigrantes.html>>.

### III. EL FUTURO DE LA INMIGRACIÓN LABORAL

---

Ante esta realidad de las políticas de integración, hay autores que muestran ciertas reservas a la hora de entender la forma de trabajar de las políticas de inmigración, porque creen que no es posible sustentar la integración en instrumentos que no tienen rango de ley<sup>(50)</sup>. En este sentido, afirman que el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes del año 1994 (junto con los instrumentos desarrollados a partir de él: el Observatorio Permanente de la Inmigración y el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, que continúan funcionando en la actualidad), el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España del año 2000, el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, elaborado en 2007 y el actual Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014, han sido y son el esqueleto de las políticas de integración en el país, aun sin ser leyes propiamente dichas. Todos ellos han resultado ser instrumentos algo vagos e imprecisos, incluso los dos primeros ni siquiera contaban con un presupuesto propio para apoyar las acciones que proponían llevar a cabo, y sobre todo incapaces de fomentar la integración de manera plena, dado que no han logrado hacer desaparecer las desigualdades existentes entre población inmigrante extranjera en situación administrativa regular y población inmigrante extranjera en situación administrativa irregular. Incluso, tampoco han logrado que exista una igualdad real entre la ciudadanía inmigrante y la ciudadanía nacional.

Así, la puesta en marcha del II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014 queda simplemente en una declaración de buenas intenciones si no lleva aparejada una financiación clara y organizada en relación a la gran diversidad de objetivos, líneas de actuación y medidas propuestas desde cada una de las Áreas que lo componen. Y justamente en esta ocasión así parece que ha quedado la redacción de este extenso documento cargado de notables propósitos para el logro de la integración social de toda la ciudadanía, pues ante la supresión del Fondo destinado a tal fin, vinculado al cumplimiento de los objetivos del actual Plan Estratégico de Ciudadanía e integración, durante dos años consecutivos, queda sin recursos la puesta en marcha de numerosas medidas propuestas.

Cabe señalar también, respecto a los Planes de Integración específicos establecidos y puestos en marcha por la mayoría de las Comunidades Autónomas, que además de existir una marcada heterogeneidad en las políticas de integración regionales, ésta no ha hecho más que agudizarse por la irrupción de la crisis económica, pues a raíz de ella la mayoría de estos Planes se han convertido en «papel mojado», debido a que en la actualidad una elevada proporción de estos Planes no se están implementando, o bien se están llevando a cabo sólo de forma puntual, en áreas concretas<sup>(51)</sup>.

En definitiva, el intento de instaurar un proceso de integración adaptado a la situación y tendencias de los distintos ciclos migratorios se ha caracterizado por la elaboración de diversos instrumentos para alcanzar dicha integración, pero a la vez por una importante

---

(50) GARCÍA CASTANO, F.J. y OLMOS ALCARAZ, A.: «La promoción de la plena integración de los extranjeros por parte de las Administraciones Públicas: ¿una protección legal para la construcción de una sociedad multicultural?» en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, p. 169.

(51) MARTÍNEZ DE LIZARRONDO ARTOLA, A.: Mesa Redonda II, «El proceso de integración en las CC.AA. Españolas: un examen empírico», Actas de las V Jornadas OPAM: *La gobernanza del hecho migratorio*, Sevilla, noviembre de 2012. <[www.juntadeandalucia.es/justiciaeinterior/opam/sites/default/files/DOC/Actas\\_V\\_Jornadas\\_OPAM.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/justiciaeinterior/opam/sites/default/files/DOC/Actas_V_Jornadas_OPAM.pdf)>.

limitación temporal a la hora de dotar de presupuesto la práctica de estos, no disponiendo en todo momento de financiación, sino sólo en determinados periodos de tiempo asociados a una mayor bonanza económica, quedando por tanto la cuestión de la integración en un plano totalmente secundario.

Nos encontramos por tanto con una realidad que nos muestra que la crisis no es sólo financiera, sino que se trata también de una crisis social, puesto que los importantes recortes que se han producido y se están produciendo en el gasto público, especialmente los que afectan a los Planes de Integración, están contribuyendo y contribuirán a la conformación de una sociedad cada vez más polarizada y segmentada.

*B) Atención sanitaria y ciudadanía social: el impacto de la reforma sanitaria sobre la población extranjera en situación irregular*

Al hilo de la cuestión de la integración, no podemos dejar de mencionar un cambio jurídico que se produce con indudable trascendencia social en materia de inmigración, con una norma que impactará gravemente en la pérdida de cohesión social y que puede provocar costes económicos y sociales colaterales más importantes que el ahorro económico que se pretende obtener con la medida, además de ser muy cuestionable su respeto a la normativa internacional y europea y a nuestra Constitución, que viene de la mano del derecho a la sanidad y a las limitaciones que se introducen en forma de restricción para la población extranjera en situación irregular<sup>(52)</sup>, restricción del derecho a la sanidad que se encuentra recogida en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones<sup>(53)</sup>.

La regulación jurídico-legal del derecho a la asistencia sanitaria no ha sufrido tantas modificaciones como otros derechos en el sentido de avances y retrocesos en relación a las personas extranjeras. Muy al contrario, ha presentado una evolución más constante y progresiva a lo largo de las sucesivas reformas de la Ley de Extranjería en aras de su efectivo reconocimiento a la persona inmigrante extranjera, hasta el Real Decreto-ley 16/2012, que ha supuesto una clara y evidente regresión<sup>(54)</sup>.

De esta manera, la citada Ley añade un nuevo art. 3 ter a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud<sup>(55)</sup>, que recoge que, a excepción de las personas extranjeras menores de dieciocho años que recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria ante dos situaciones: en primer lugar, asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa y hasta el alta médica y, en segundo lugar, asistencia al embarazo, parto y postparto.

---

(52) ROJO TORRECILLA, E.: «¿Hacia dónde se dirige la política de inmigración del gobierno español? (II)», 28 de abril de 2012 (<[http://eduardorobjoblog.blogspot.com.es/2012/04/hacia-donde-se-dirige-la-politica-de\\_28..html](http://eduardorobjoblog.blogspot.com.es/2012/04/hacia-donde-se-dirige-la-politica-de_28..html)>).

(53) BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012.

(54) TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, p. 315.

(55) BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003.

A este respecto, la Disposición final tercera del citado Real Decreto-ley 16/2012 modifica también el artículo 12 de la LOEX, que bajo la rúbrica «Derecho a la asistencia sanitaria» establece que «*los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*», lo que pone de manifiesto una importante diferencia con la anterior redacción del precepto, en cuyo apartado primero contemplaba que «*Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*». Por tanto, el empadronamiento ya no dará derecho a recibir asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de personas, autóctonas o extranjeras residentes, ya que estas personas extranjeras pueden estar empadronadas, pero no ser residentes de acuerdo a la normativa vigente.

Así, aunque en el discurso oficial el objetivo de la norma en lo relativo a la extranjería es establecer un estricto control por parte de las autoridades del llamado «turismo sanitario», no se limita a modificar el reglamento de régimen comunitario, sino que modifica la Ley de Extranjería, remitiendo el derecho a la salud de las personas extranjeras a la normativa sanitaria, excluyendo así a las población extranjera en situación de irregularidad administrativa del acceso gratuito al Sistema Nacional de Salud, aunque se encuentre empadronada.

De esta forma, nuestro Estado del bienestar, fundado entre otros principios en torno a la existencia de una protección sanitaria pública, consecuencia de la aplicación y desarrollo de los principios y valores que fundamentan nuestro Estado de Derecho, y de una sanidad pública que atiende a personas dentro de su ámbito territorial, ha pasado a sustituir a estas últimas por permisos o documentos administrativos variables<sup>(56)</sup>. Y decimos variables porque esta drástica medida puede afectar no sólo a aquellas personas extranjeras que no dispongan originariamente de autorización de residencia, sino también, y ante la actual situación de crisis, pudiendo contribuir a ello, como ya hemos puesto de manifiesto, a aquellas personas extranjeras en situación regular que han trabajado, que han cotizado a la Seguridad Social, pero que por causa del desempleo no pueden renovar sus permisos de residencia y trabajo, pasando a una situación de irregularidad sobrevenida, de manera que, salvo cuestiones sanitarias vinculadas al embarazo o relacionadas con algún tipo de urgencia médica, quedarán desprotegidas y excluidas del sistema de salud. Se suprime así un derecho básico y fundamental de las personas, por el mero hecho de serlo, que parece basarse en un criterio de nacionalidad, bajo la justificación de la austeridad y del control del gasto público.

Si bien debemos apuntar que estas restricciones suponen un acercamiento a la normativa que en este ámbito existe en el resto de países europeos, ya que en todos ellos el acceso de la población extranjera a la sanidad pública está restringida de una manera u otra, bien en concepto del tiempo de residencia, o bien por otra vía, puesto que la atención médica a las personas inmigrantes en situación irregular ha sido objeto de debate en la mayoría de estos países, de forma que todos ellos imponen algún límite temporal o de servicios para el acceso a la sanidad pública<sup>(57)</sup>.

---

(56) SAGARRA TRIAS, E.: «¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 30, 2012, pp. 208-209.

(57) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C.: «La atención sanitaria a los inmigrantes irregulares: una comparación europea», Real Instituto Elcano, Julio 2012. <[www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/Elcano\\_es/Zonas\\_es/ARI53-2012](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI53-2012)>.

La introducción de esta reforma sin coordinación previa con las Comunidades Autónomas, que son las encargadas de la gestión política sanitaria en España, ha generado sin duda importantes dosis de confusión y disparidad respecto a las pautas a seguir en las distintas regiones españolas.

En este sentido, resulta de interés mencionar que el Gobierno de la Nación interpuso conflicto positivo de competencias<sup>(58)</sup> frente al Gobierno Vasco contra diversos preceptos contenidos en el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>(59)</sup>. Entendía que las disposiciones del Decreto vasco impugnado afectan a materias que son de competencia exclusiva del Estado al contradecir la legislación básica estatal en materia de sanidad, introduciendo diferencias respecto de dicha legislación en el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, solicitando la suspensión de la aplicación del Decreto objeto del conflicto. Y es que el mencionado Decreto 114/2012 amplía el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, al permitir a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, así como a todas las personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios de este, el acceso gratuito a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud, alegando que tal ampliación responde al mandato constitucional contenido en el art. 43 CE<sup>(60)</sup>.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto mediante Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012<sup>(61)</sup>, considerando que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico, por lo que entiende justificada la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita<sup>(62)</sup>.

Y si bien es cierto que la citada resolución del Tribunal Constitucional se refiere al País Vasco, cabe considerar que su alcance puede ser más amplio y constituirse como un

---

(58) Número 4540-2012.

(59) Boletín Oficial del País Vasco núm. 127, de 29 de junio de 2012.

(60) De manera particular, respecto al colectivo de personas extranjeras en situación irregular, el Gobierno Vasco argumenta que la situación económica de este es en general precaria, a lo que añade el hecho de que este colectivo se vea particularmente afectado por patologías infecciosas como el VIH, la tuberculosis, la meningitis tuberculosa, el paludismo y la hepatitis B, lo que supone que al tiempo de quedar desasistido el colectivo, por no poder costearse el acceso a la salud, se generaría un riesgo de contagio para el resto de la población, produciéndose una amenaza de deterioro de la salud comunitaria y una falta de control sanitario que generará un problema de salud pública.

(61) BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2012.

(62) El Tribunal Constitucional acuerda levantar la suspensión de la vigencia de los arts. 1, 2 (2 y 3), 3, 4, 5, 6 (1 y 2), 7 (2 y 3) —en el sentido de lo dispuesto en el FJ 6 *in fine*—, y disposición final primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. A su vez, mantiene la suspensión de la vigencia del art. 8, apartados 1 y 2, del citado Decreto 114/2012, que prevé la aportación de las personas usuarias a la prestación farmacéutica ambulatoria del Sistema Nacional de Salud.

referente, puesto que no se trata de la única Comunidad Autónoma que se ha posicionado a favor de mantener la asistencia sanitaria normalizada a las personas inmigrantes en situación irregular, sino que en Andalucía, Cataluña y Asturias no se ha aplicado la reforma, y en otras se ha aplicado de manera parcial<sup>(63)</sup>.

#### IV. EL NECESARIO IMPULSO DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL EN TIEMPOS CONVULSOS. PROPUESTAS E INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INTEGRACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS DE EMPLEO

La nueva realidad económica y social genera la necesidad de reorientar y plantear la gestión de la inmigración de forma diferente que en épocas pasadas, de llegada de un gran volumen de población inmigrante a nuestro país. Un cambio que ha de ponerse en marcha sin descartar una de las bases esenciales de la política jurídica de inmigración extranjera: el reconocimiento y atribución de derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras desde el actual modelo jurídico-legal y constitucional en cuanto elemento nuclear favorecedor de la integración social. O dicho de otro modo, la aplicación de una política migratoria capaz de gestionar, sobre bases sociales, el reconocimiento, la presencia y la integración de estas personas en España, tanto en sus aspectos laborales como socioprotectores, e incluso, si es el caso, de su retorno, pero siempre desde un prisma humanitario y no mercantilista<sup>(64)</sup>.

La incorporación de la integración en la reforma de la Ley de Extranjería es un importante asunto en la medida en que se reconoce por Ley el principio de dichos procesos, aunque no necesariamente generará por sí sola la ansiada construcción de una ciudadanía intercultural o multicultural<sup>(65)</sup>.

Pero además, en consonancia con esta pretensión de que la política de integración sea un eje prioritario de la política migratoria, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por LO 2/2009, de 11 de diciembre, dedica el artículo 2 ter de manera íntegra a la

---

(63) Hecho que nos llevaría a preguntarnos si se pueden estar dando movimientos migratorios internos por parte de personas inmigrantes en situación irregular desde aquellas CC.AA. donde se implementa la reforma hacia aquellas que no lo han hecho. Y aunque hasta el momento no se han producido movimientos significativos, no se puede descartar que en un futuro, ante la falta de uniformidad, se produzca algún efecto llamada, sobre todo en el caso de colectivos concretos que requieran de una asistencia específica. Véase MORENO MÁRQUEZ, G.: Mesa Redonda II, «El proceso de integración en las CC.AA. Españolas: un examen empírico», Actas de las V Jornadas OPAM: *La gobernanza del hecho migratorio*, Sevilla, noviembre de 2012. <[www.juntadeandalucia.es/justiciaeinterior/opam/sites/default/files/DOC/Actas\\_V\\_Jornadas\\_OPAM.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/justiciaeinterior/opam/sites/default/files/DOC/Actas_V_Jornadas_OPAM.pdf)>.

(64) TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, op. cit., p. 393.

(65) Hay autores que consideran que sin igualdad de derechos no hay integración, y hacen referencia a que la existencia de una Ley «especial» para los «ciudadanos extranjeros» evidencia una ruptura de tal principio de igualdad, así como que el *extranjero*, como término, evidencia (jurídicamente hablando) la cicatriz entre el hombre y el ciudadano. DE LUCAS MARTÍN, F.J.: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de hoy, Madrid, 1994, p. 119.

*integración de los inmigrantes*, que contiene, al menos en el plano normativo, importantes referencias no sólo al objetivo de la integración, sino también a ciertos principios desde los que los procesos de integración deberían ponerse en marcha, contemplando deberes explícitos dirigidos a los poderes públicos. De esta forma, el objetivo de la integración entre personas inmigrantes y sociedad de acogida deberá ser incorporado por las Administraciones Públicas con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos<sup>(66)</sup>.

En este sentido, y desde instancias comunitarias, cabe mencionar las propuestas llevadas a cabo por la Unión Europea respecto a la integración, recogidas en la «Agenda Europea para la integración de los nacionales de terceros países»<sup>(67)</sup>. La Comisión Europea ha adoptado dicha agenda para la integración, con el fin de gestionar de manera eficiente la inmigración en Europa, unificando los esfuerzos y dando apoyo económico a las iniciativas existentes. Dado que de manera generalizada la Unión Europea presenta una alta tasa de envejecimiento, así como una disminución de la población en edad de trabajar y un aumento de la esperanza de vida, la llegada de ciudadanos extranjeros puede y debe verse, según la Comisión, como un factor favorable.

En esta misma línea y de manera más concreta respecto a España, un estudio realizado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) concluye que, pese a la crisis y las cambiantes políticas migratorias, España continuará necesitando migrantes para responder a sus necesidades, entre ellas el crecimiento demográfico negativo y el envejecimiento de la población<sup>(68)</sup>.

Con esta iniciativa comunitaria se formula el concepto de «integración eficaz», que trata de definir la política que la Unión Europea pretende para sus Estados Miembros, considerando que la inmigración tiene potencial para construir una Comunidad competitiva y sostenible, maximizando el uso de la fuerza laboral y las habilidades ya existentes y mejorando la productividad de la UE. Para ello se parte de la introducción de una nueva disposición jurídica en el Tratado Fundacional de la Unión Europea, relativa al apoyo de ésta a la promoción de la integración de los nacionales de terceros países que residan de manera regular en los estados miembros (artículo 79, apartado 4, del TFUE)

Los desafíos más urgentes que se plantean son: el bajo nivel de personas inmigrantes empleadas, especialmente mujeres, el aumento del desempleo y los altos niveles de «sobre-cualificación», el aumento del riesgo de exclusión social y la preocupación pública por la deficiente integración de esta población, problemas que según este informe son comunes a la mayoría de los Estados, de manera que un acercamiento a la integración perseguida representaría, desde una perspectiva muy pragmática, una importante contribución a los objetivos dispuestos por la Estrategia Europea 2020. Un proceso de integración que, tal y como el documento destaca, no puede solo aplicarse mediante ins-

---

(66) RAMOS QUINTANA, M.I.: «Migraciones laborales: las paredes maestras de la “Reforma 2009” de la Ley de Extranjería en España», *Revista Tribuna Social*, núm. 240, 2010.

(67) 20 de junio de 2011. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0455:FIN:ES:PDF>>.

(68) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: «Migrantes Sudamericanos en España: Panorama y Políticas», *Cuadernos Migratorios* núm. 1, OIM, 2011.

En esta misma línea FUNDACIÓN CEIMIGRA: «Informe anual sobre migraciones e integración: nuevos retos para las políticas de inmigración e integración», Generalitat Valenciana, 2012.

### III. EL FUTURO DE LA INMIGRACIÓN LABORAL

---

trumentos europeos, sino que requiere una implicación muy estrecha de todos los actores implicados en dicho proceso.

Para la consecución de los retos planteados, la citada Agenda Europea para la integración sugiere una serie de recomendaciones que giran en torno a tres ámbitos de actuación: en primer lugar, la integración mediante la participación, en segundo lugar, más intervención a nivel local y en tercer lugar, hace referencia a la participación de los países de origen.

En la primera de las recomendaciones, que pasa por la mayor participación de los migrantes en las sociedades de acogida, para lo que se requiere incluir medidas como el apoyo para el aprendizaje del idioma, la educación, la formación profesional y la lucha contra la discriminación, todas ellas encaminadas a aumentar la participación de los migrantes en la sociedad, debemos destacar las medidas de acceso al empleo, que quedan encuadradas también en esta primera recomendación.

Para la puesta en marcha de políticas adecuadas que permitan acceder al mercado de trabajo a la población inmigrada se deben tener en cuenta una serie de factores que en la actualidad están incidiendo en la conformación de los mercados laborales de los países europeos, y de manera especial en el mercado de trabajo español.

En primer lugar, la diferencia considerable en los niveles de empleo entre los nacionales de terceros países y los ciudadanos autóctonos, que queda plasmada en las tasas de empleo de ambos, una realidad que posee un carácter muy marcado en el caso del Estado Español. Dado que la participación en el mercado laboral es uno de los mejores y más concretos medios de integración en la sociedad se deben tomar medidas para reducir esas diferencias dirigidas tanto a las personas que han migrado por razones de trabajo como a aquellas personas que llegan en el contexto de la reagrupación familiar. En este último caso, ya en su día la LO 2/2009, de reforma de la LOEX, introdujo una clara mejora con respecto a los cónyuges y los hijos reagrupados cuando éstos alcancen la edad laboral, pues la autorización de residencia por reagrupación familiar los habilita para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo<sup>(69)</sup>.

En segundo lugar, la sobrecualificación para su trabajo de los nacionales de terceros países, sobre todo de las mujeres, algo generalizado en la mayor parte de los Estados miembros. En este sentido, hay que tener en cuenta que los migrantes desempleados o que ocupan puestos para los que están excesivamente cualificados representan un recurso infrautilizado y un despilfarro de capital humano. Se hace así necesario establecer servicios destinados al reconocimiento de los conocimientos y cualificaciones adquiridos en el país de origen, a fin de facilitar las posibilidades de los migrantes de conseguir empleos que se adapten a sus conocimientos.

En España, los datos de la Encuesta Nacional de Inmigrantes (ENI)<sup>(70)</sup>, ha puesto de manifiesto la existencia de un importante número de trabajadores y trabajadoras inmigran-

---

(69) Ampliamente, VELA DÍAZ, R.: «Los nuevos derechos sociolaborales y su perspectiva de género derivados de la autorización de residencia por reagrupación familiar a la luz de la última reforma de la legislación de extranjería: la LO 2/2009, de 11 de diciembre», en AA.VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> N. (dir.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011.

(70) Vid. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007: una monografía*, Madrid, 2009. <[www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft20%2Fp319&file=inebase](http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft20%2Fp319&file=inebase)>.

tes que ocupan una posición en la estructura laboral muy por debajo del nivel real de sus cualificaciones, de manera más acusada en el caso de las mujeres, ante la tendencia mantenida en los últimos años a reiterar la baja cualificación de los empleos ejercidos por la población extranjera en conjunto. A lo que hay que unir, tal y como recoge el propio texto del II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014, la alerta respecto del actual desaprovechamiento de capital humano por parte de la sociedad española, derivados de la dificultad de homologación de las titulaciones y la acreditación de competencias profesionales, afirmando que la problemática de la homologación de títulos viene derivada de la gestión administrativa, que provoca plazos de resolución demasiado amplios al no agilizar los procesos de homologación de estas titulaciones<sup>(71)</sup>.

Para impulsar las políticas de participación en el mercado de trabajo de la población inmigrante, la Agenda Europea para la integración resalta también el papel y el apoyo de los servicios públicos de empleo, así como el de los empleadores y los interlocutores sociales en cuanto a la transparencia de la información sobre los puestos de trabajo disponibles, la promoción de la diversidad y la lucha contra la discriminación, considerando también la necesidad de apoyo por parte de las autoridades a las iniciativas empresariales de las personas inmigrantes. En definitiva, mejorar la participación en el mercado laboral de las personas inmigrantes mediante políticas activas del mercado de trabajo.

De igual manera, el Comité Económico y Social Europeo, en Dictamen aprobado acerca de la Comunicación de la Comisión sobre la citada Agenda de Integración<sup>(72)</sup>, viene a reconocer la importante contribución de las personas inmigrantes a la sociedad, a la economía y la cultura de los países de acogida por lo que, a la luz del actual contexto socioeconómico, pide que se establezcan instrumentos institucionales y financieros concretos que respalden los objetivos de la integración. Para ello, considera y manifiesta que la participación en el mercado laboral es un factor clave para determinar el éxito de la integración, y solicita que se tenga en cuenta el reconocimiento de cualificaciones previas, salarios, prestaciones, el acceso a la formación profesional y la seguridad del empleo como otros aspectos que se deben incorporar plenamente en la agenda para la integración.

En el ámbito internacional, debemos destacar el posicionamiento de la Oficina Internacional del Trabajo, en cuyo documento sobre las migraciones laborales presentado para la 316.ª reunión del Consejo de Administración de la OIT celebrado en Ginebra en noviembre de 2012, considera que cualquier debate sobre inmigración ha de vincularse a cuestiones relativas al mercado de trabajo y no sólo guardar relación con factores de política interior o de seguridad.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

En los últimos años se han producido importantes cambios en términos de menor presencia de flujos migratorios de entrada, debido al grave contexto socioeconómico, y a su vez, de

---

(71) II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014), p. 119. <[http://extranjeros.mtin.es/es/IntegracionRetorno/Plan\\_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf](http://extranjeros.mtin.es/es/IntegracionRetorno/Plan_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf)>.

(72) DO serie C núm. 181, de 21 de junio de 2012.

### III. EL FUTURO DE LA INMIGRACIÓN LABORAL

---

una mayor consolidación jurídica de la población inmigrante debido a su importante presencia en la sociedad española como una realidad estructural, con un amplio abanico de situaciones que abarcan desde la elevada proporción de personas extranjeras que disponen de residencia de larga duración a aquellas personas que deben renovar periódicamente sus autorizaciones porque aún no disponen de este tipo de autorizaciones de residencia, e incluso cabría mencionar el importante número de personas que han adquirido la nacionalidad española en los últimos años. Ante esta realidad cambiante, la aplicación de políticas de corte integrador adquieren un matiz y un impacto muy destacado, tanto por una aplicación real y efectiva como por su ausencia en la agenda política.

La gestión de la integración se convierte así en una cuestión crucial para aprovechar plenamente el potencial de la migración. Una política de integración eficaz es esencial para conciliar el crecimiento económico con la cohesión social y hacer frente a la creciente diversidad de la sociedad, para lo que se hace necesario la puesta en marcha de estrategias coherentes para lograr una mayor participación de las personas inmigrantes en las sociedades en las que viven. Y para ello se debe partir de la promoción de su participación en el mercado de trabajo, lo que a su vez posibilitará su acceso e implicación en otras esferas de la sociedad.

No obstante, esta coherencia en la aplicación de políticas y medidas integradoras debe ir más allá de la dialéctica económica y mercantilista para alcanzar un equilibrio que se traduzca en una gestión social de la inmigración en la sociedad española, sobre la base del reconocimiento de la presencia de estas personas en España, que tenga en cuenta tanto los aspectos laborales como de protección social, y no quede únicamente reducida a una gestión de conveniencia económica.

El debate sobre cómo articular una política migratoria adecuada y a su vez integradora adquiere una gran importancia no sólo en el ámbito español, sino también en el ámbito comunitario e incluso internacional, constituyéndose instrumentos que contienen medidas y recomendaciones para una efectiva integración de los nacionales de terceros países a las sociedades europeas, de manera que puedan contribuir a una mayor competitividad y sostenibilidad, dada también la importante contribución para el futuro de estas personas ante la baja natalidad, el envejecimiento de la población y el mantenimiento del sistema de Seguridad Social.

En la puesta en marcha de políticas de integración las autoridades competentes no pueden olvidar que el acceso a los derechos sociales y la integración social de las personas inmigrantes se fundamenta, en una considerable medida, en el acceso al mercado de trabajo y en la garantía de unas condiciones laborales dignas.

Pero a pesar de los avances que progresivamente se han registrado en la integración de las personas inmigrantes en nuestra sociedad, la actual situación socioeconómica que atraviesa España ha supuesto un evidente retroceso en su evolución, una regresión que se traduce en la existencia de importantes obstáculos a superar, si realmente se pretende velar por un proceso integrador efectivo que repercuta en una mayor participación de la población de origen inmigrante en los diversos ámbitos de la sociedad y en un acceso en condiciones de igualdad a los recursos.

De manera más concreta, las especiales dificultades que la población inmigrante encuentra en cuanto al acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo tienen una

grave repercusión en las situaciones de vulnerabilidad que con frecuencia repercuten en este colectivo, ya que un alejamiento del mercado de trabajo conlleva consecuencias en cuanto el acceso a ciertos derechos tales como la renovación de los permisos de residencia y trabajo que posibilitará una situación de regularidad administrativa, o la protección social.

Por tanto, en estos tiempos convulsos de crisis la aplicación de políticas de integración para aquellas personas inmigrantes que ya forman parte de la sociedad española plantea un auténtico reto, y a la vez supone la mejor y única vía para una gestión adecuada de la inmigración, una gestión de carácter eminentemente social.

## IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y CIERTOS ELEMENTOS DEL SISTEMA EDUCATIVO QUE CONTRIBUYEN A LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES

LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Burgos*

### RESUMEN

#### **Algunas reflexiones sobre el derecho a la educación y ciertos elementos del sistema educativo que contribuyen a la integración social de los inmigrantes**

En este trabajo el autor, partiendo de la compleja evolución que ha experimentado el estatuto jurídico de los derechos de los extranjeros, examina el derecho a la educación en su dimensión prestacional, teniendo en cuenta algunos de los elementos del sistema educativo que contribuyen a la integración social de los inmigrantes.

Así, se ponen de manifiesto algunas de las dificultades existentes para conseguir la integración de los alumnos inmigrantes en el sistema educativo, como su concentración en determinados centros educativos y la necesidad de adoptar acciones compensatorias o de refuerzo, que se están viendo afectadas con la aplicación del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

El autor se ocupa también de la formación en valores democráticos y principios constitucionales como elemento de integración social de los inmigrantes. A esta formación puede contribuir la existencia de determinadas asignaturas en los niveles de educación primaria y secundaria. Asimismo se analizan algunos aspectos relacionados con la educación e integración social de los extranjeros en el ámbito autonómico, en particular el conocimiento de la lengua autonómica.

### ABSTRACT

#### **Some thoughts about the right to education and certain elements of the educational system that contribute to the social integration of immigrants**

In this work the author, starting from the complex evolution that has experienced the legal status of foreigners rights, examines the right to education as a benefit, taking into account some of the elements of the educational system that favour the social integration of immigrants.

This way, they point out some of the existent difficulties to achieve the integration of immigrant students into the educational system, as well as their concentration in certain educational centres and the necessity of taking compensatory or reinforcement actions, and which are being affected by the application of the Royal Decree-Law 14/2012, of April 20<sup>th</sup>, of urgent measures for the rationalization of government expenditure in the educational field.

The author also talks about educating in democratic values and constitutional principles as elements of social integration for immigrants. This education can be contributed by the implantation of certain subjects in primary and secondary educational levels. Besides, the author also analyzes some aspects related to education and to the social integration of foreigners in the autonomous sphere, in particular the knowledge of the autonomous language.

---

(\*) Este trabajo se ha realizado en el marco de los Proyectos de investigación DER2008-00185/JURI, sobre Pluralidad de Ciudadanías y participación democrática, concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (2008-2012) y VA005A10-1, sobre Integración social y ciudadana de los inmigrantes en Castilla y León, concedido por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (2010-2012).

**Palabras clave:** Derecho a la educación, extranjería, integración social, sistema educativo, Comunidades autónomas e inmigración.

**Key words:** Right to education, immigration, social integration, educational system, Autonomous Communities and immigration.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA COMPLEJA EVOLUCIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS.
  - II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN SU DIMENSIÓN PRESTACIONAL: ALGUNOS ELEMENTOS DEL SISTEMA EDUCATIVO QUE CONTRIBUYEN A LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES.
    1. **Algunas dificultades para conseguir la integración de los alumnos inmigrantes en el sistema educativo y medidas para solventarlas.**
    2. **La formación en valores democráticos y principios constitucionales como elemento de integración social de los inmigrantes.**
    3. **Educación e integración social de los extranjeros en el ámbito autonómico: el conocimiento de la lengua autonómica.**
- 

### I. INTRODUCCIÓN: LA COMPLEJA EVOLUCIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

El Tribunal Constitucional, en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, estableció una clasificación tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros al reconocer que existían unos «derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos [formarían parte de este grupo todos los directamente vinculados con la dignidad de la persona]; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, con la salvedad que contiene el art. 13.2). Existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4)<sup>(1)</sup>. En rela-

---

(1) Esta clasificación es utilizada de forma insistente por el Tribunal Constitucional en las sentencias dictadas por este órgano a la hora de resolver los conflictos que se le plantean en materia de derechos y libertades de los extranjeros (por todas, una de las más recientes, la STC 26/2013, de 31 de enero (FJ 2). Algunas observaciones críticas a esta clasificación pueden verse en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: «Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las leyes españolas», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 22 (2003), pp. 19-21; asimismo en «Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12 (2011), pp. 2-9; ÁLVAREZ CONDE, Enrique: El status constitucional de los derechos fundamentales de los inmigrantes». En Enrique ÁLVAREZ CONDE y Elena PÉREZ MARTÍN (coords.): *Estudios sobre Derecho de extranjería*, Madrid, 2005 pp. 63-64; VIDAL FUEYO, Camino: «Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española». En AJA, Eliseo

#### IV. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

ción con los derechos de este último grupo, aquellos que no están directamente vinculados con la dignidad humana, el legislador dispone de una mayor libertad de configuración para su regulación por ley, pudiendo introducir en su ejercicio diferencias de trato entre españoles y extranjeros. Ahora bien, esta libertad de configuración legal no es absoluta, pues ha de respetarse el contenido de los derechos que ya están configurados constitucionalmente (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3), así como guardar una adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4) y someterse al juicio de razonabilidad del Tribunal Constitucional<sup>(2)</sup>.

Los derechos de los extranjeros de ese tercer grupo han sido regulados por el legislador en la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), que ha sido modificada ya en cuatro ocasiones desde su aprobación<sup>(3)</sup>. Esta última Ley ha tratado de equiparar el régimen jurídico de los extranjeros que se encuentren legalmente en España con el de los españoles, ya sea para los derechos fundamentales (reunión, asociación, educación, sindicación, huelga, tutela judicial efectiva, entre otros), ya para los derechos de contenido prestacional, esto es, para

---

(coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España* Valencia, 2009, pp. 40-44, y MATIA PORTILLA, Francisco J.: «Los derechos fundamentales de los extranjeros al servicio de la integración de los inmigrantes». En MATIA PORTILLA, Francisco J. (dir.): *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 288-292.

(2) El legislador podrá introducir límites a los derechos de los extranjeros siempre y cuando no sean contrarios al principio de proporcionalidad, siempre que dichas limitaciones no sean absolutamente desproporcionadas. MAESTRO BUELGA, Gonzalo: «Los derechos sociales de los emigrantes», *Revista catalana de dret públic*, núm. 40 (2010), p. 67, ha calificado a ese grupo de derechos como «derechos condicionados», ya que se pueden reconocer a los extranjeros según lo que se establezca en los tratados y en las leyes. En ellos se está ante un espacio en el que juega ampliamente el «reenvío legal y la disponibilidad política de los derechos». En este sentido, APARICIO WILHELM, Marco: «Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos y su incidencia en las personas inmigradas». En Miguel PRESNO LINERA (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012, p. 20 (<[http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro\\_digital\\_procura.php](http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php)>), indica también, acudiendo al profesor MAESTRO BUELGA y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cómo «en materia de derechos sociales asistimos a la apertura constitucional a un doble reenvío normativo, por un lado, los derechos sociales son entendidos como derechos débiles, necesitados de configuración legislativa y, por otro, en el caso de los extranjeros, se trata de derechos que podrán ser *atemperados*, esto es, restringidos legislativamente respecto al contenido garantizado para los nacionales, de acuerdo con la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional del artículo 13.1 CE (STC 107/84)».

(3) Concretamente, ha sido reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre. A estas reformas ha de añadirse otra más, aunque solamente se haya modificado un artículo, pero con importantes consecuencias. Se trata de la reforma realizada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que en su Disposición final tercera modifica el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, relativo al derecho a la asistencia sanitaria. En estas reformas se echa de menos un alto grado de consenso entre las fuerzas políticas para su aprobación, ya que la materia de extranjería e inmigración, como ha manifestado AJA, Eliseo: «La política inmigratoria del Estado como marco de la actividad de las Comunidades Autónomas». En AJA, Eliseo, MONTILLA, José Antonio y ROIG, Eduard (coords.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, pp. 175 y 180, es preciso superar la confrontación partidista de tal modo que «las grandes líneas de la legislación de inmigración deben ser consensuadas entre los principales partidos». Y es que la falta de consenso puede acabar en xenofobia y racismo alentado por grupos políticos extremistas, como ha podido comprobarse, durante la última década, en algunos países de Europa; donde, además, coincidiendo con momentos de crisis económica, los inmigrantes se «convierten fácilmente en chivo expiatorio del paro y de la pobreza». Cfr. también AJA. Eliseo: *Inmigración y Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pp. 488-493.

aquellos derechos que otorgan la facultad de obtener de los poderes públicos una determinada prestación, concretando los principios rectores de la política social y económica, del Capítulo tercero del Título primero de la Constitución (educación, asistencia sanitaria, prestaciones de la seguridad social o ayudas a la vivienda, entre otros).

En un trabajo anterior<sup>(4)</sup> ya exponíamos cómo en un periodo de más de veinticinco años, y en un contexto social de incremento progresivo del número de extranjeros en España, se ha pasado de la LO 7/1985, de 1 de julio, que se fundamentaba básicamente en el control de los flujos migratorios y en las medidas sancionadoras y de control policial, a la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, que tenía, entre otras finalidades, la integración social de los extranjeros (aunque no la definía) y el reconocimiento de un amplio elenco de derechos a los inmigrantes, con independencia de su situación legal o administrativa. Y de esta reforma de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se ha pasado a otra, la llevada a cabo por la LO 2/2009, de 11 de diciembre que, como se dice en su Exposición de Motivos, tiene entre otros objetivos: el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo de acceso a otros derechos conforme aumenta el periodo de residencia legal; la lucha contra la inmigración irregular, el reforzamiento de la integración de los inmigrantes como uno de los ejes centrales de la política de inmigración para lograr un marco de convivencia de identidades y culturas; o la adaptación de la normativa de extranjería a las competencias estatutarias en materia laboral y de acogida e integración<sup>(5)</sup>. La diversidad de estos objetivos hace que la LO 2/2009, de 11 de diciembre, no sea solamente una ley de extranjería sino también una ley de la inmigración, ya que regula algunos aspectos importantes y necesarios para la convivencia entre la sociedad de acogida y la población extranjera que acaba de llegar a España<sup>(6)</sup>.

Esta evolución legislativa de la regulación del estatuto jurídico de los derechos de los extranjeros llega hasta el momento presente en el que, en un contexto de crisis económica y de disminución de entrada en el país ante la escasez de empleo, se ha dado un paso atrás, al procederse a la limitación legal del ejercicio de algunos derechos sociales a los inmigrantes que se hallen en situación irregular, aumentando su desigualdad con los demás ciudadanos<sup>(7)</sup>. Así puede deducirse de la reciente reforma del art. 12.1 de la Ley Orgánica

---

(4) DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: «Los derechos sociales de los extranjeros. En MATIA PORTILLA, Francisco J. (dir.): *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 301-344.

(5) Objetivos a los que se refiere también el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante REX). Así, se dice que el nuevo Reglamento «junto a la ordenación de los flujos migratorios laborales y la promoción de la cultura de la regularidad, (...) pretende fomentar la integración y la igualdad de derechos y deberes, fortaleciendo la integración y la cohesión social en un contexto de diversidad cultural, desde la lógica de la igualdad de derechos y deberes».

(6) Vid. AJA. Eliseo: «La integración social de los inmigrantes». En BOZA MARTÍNEZ, Diego, DONAIRE VILLA, Francisco Javier y MOYA, David (coords.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Valencia, 2011, p. 27. También del mismo autor: *Inmigración y Democracia*, op. cit., pp. 65-95, quien expone de forma clara y sistematizada las fases por las que ha atravesado la regulación de la inmigración en España desde 1985 hasta la actualidad.

(7) APARICIO WILHELM, Marco: «Inmigración y crisis económica...», op. cit., p. 6, señala acertadamente cómo «el impacto de la crisis (de la gestión de la misma) en los derechos de las personas inmigradas es doble: a la

4/2000, de 11 de enero, relativo al derecho a la asistencia sanitaria, en conexión con el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

En este trabajo nos vamos a referir a determinadas cuestiones relacionadas con uno de los derechos sociales de los extranjeros que se ha concebido como uno de los pilares básicos para la integración social de los inmigrantes: el derecho a la educación en su dimensión prestacional.

### II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN SU DIMENSIÓN PRESTACIONAL: ALGUNOS ELEMENTOS DEL SISTEMA EDUCATIVO QUE CONTRIBUYEN A LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES

Con la reforma de la LOEX por la LO 2/2009 se modifica la redacción del art. 9, relativo al derecho a la educación, extendiendo la titularidad de este derecho plenamente a los extranjeros hasta la edad de los dieciocho años, con independencia de su situación legal o administrativa. Así, los extranjeros menores de dieciséis años tienen no solo «el derecho», sino también «el deber a la educación», que comprende el acceso a una «enseñanza básica, gratuita y obligatoria». Por influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los extranjeros menores de dieciocho años tienen además derecho a «la enseñanza postobligatoria», aunque se encuentren en situación irregular<sup>(8)</sup>.

La normativa española se adecuaba así a la legislación internacional, a los diferentes tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, que son directamente aplicables y que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.2 CE, obligan a interpretar los derechos reconocidos en la Constitución de conformidad con lo previsto en ellos.

De este modo, en el ámbito de Naciones Unidas, el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), en su apartado primero, ya proclama que

---

general fragilidad de los derechos se suma una específica debilidad de la posición constitucional de las personas inmigradas como titulares de derechos». A esta fragilidad y debilidad de los derechos de las personas inmigradas, «que ha sido consustancial a la construcción del modelo económico y social, que ahora entra en crisis», las primeras respuestas que se ofrecen tienden a «avanzar aún más en la desigualdad, tanto social como jurídica, especialmente por lo que respecta a quienes se hallen en situación de irregularidad».

(8) Antes de la reforma del art. 9 por la LO 2/2009 se establecía que solamente los extranjeros residentes tenían derecho a la enseñanza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. El art. 9.3, en su redacción anterior, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, al entender que se impedía el acceso a la enseñanza no obligatoria a los extranjeros menores de dieciocho años que no tuviesen residencia legal en España. El Tribunal declaró la nulidad del término «residentes» de ese precepto en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 8), al considerar que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, a la enseñanza no obligatoria, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad. De la enseñanza no obligatoria no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. Para fundamentar su decisión el Tribunal recurre a la cita de numerosas disposiciones de tratados internacionales en la materia, de las que deduce «la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquella adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad» (FJ 8).

«toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos»<sup>(9)</sup>. También el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), en su apartado primero, establece que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación (...)», siendo preciso también, según se afirma en el apartado segundo, que con el objeto de lograr el pleno ejercicio de dicho derecho los Estados Partes en el presente Pacto reconozcan que: «a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por implantación de la enseñanza gratuita»<sup>(10)</sup>.

Asimismo, en Naciones Unidas y en materia de los derechos del niño, ha de tenerse en cuenta el art. 28, apartado primero, de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989, que es claro y contundente al respecto, cuando establece que «los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad»<sup>(11)</sup>.

También en Naciones Unidas y en materia de inmigración, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, dispone de forma concluyente, en su art. 30, que «todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso

---

(9) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 (<<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>).

(10) Continúa la norma indicando también que «c) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse e intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones del Cuerpo docente». Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (con entrada en vigor el 3 de enero de 1976) (<<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cscr.htm>>).

(11) El precepto obliga asimismo a los Estados Partes a otras medidas como: «c) hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; d) hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar». Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990) (<<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>).

#### IV. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo»<sup>(12)</sup>.

En el seno del Consejo de Europa, puede destacarse el art. 2 del Protocolo Adicional 1.º, de 20 de marzo de 1952, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en el que se reconoce que «a nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»<sup>(13)</sup>.

En la Unión Europea, el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 dispone igualmente que «toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente», y que «este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria»<sup>(14)</sup>.

El derecho a la educación de los extranjeros menores de edad (irregulares o no), además de comprender el derecho a la enseñanza básica, gratuita obligatoria y postobligatoria, abarca también, con carácter complementario, el derecho a «la obtención de la titulación académica correspondiente», así como la facultad de acceder «al sistema público de becas

---

(12) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 (<<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>>). Sin embargo, existen todavía algunas normas que no extienden el derecho de educación a los extranjeros en situación irregular, como la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que, en su art. 3, contiene diversas previsiones acerca de la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales; aunque cuando menciona a los extranjeros se refiere a los extranjeros residentes legalmente en el territorio nacional (art. 3.e) (<<http://portal.unesco.org/es/ev.php>>). También debe deducirse la exclusión de los extranjeros irregulares del derecho a la educación de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 (revisada), que en su Anexo, cuando alude al ámbito de aplicación de la Carta Social, en el apartado 1.º, establece que: «... las personas a las que se refieren los arts. 1 a 17 solo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada». Si bien, a continuación dice que «esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las Partes» (<<http://www.coe.int/t/dGHI/monitoring/Socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Spanish.pdf>>). Sobre estas normas internacionales puede verse ampliamente la documentada obra de COTINO BUESO, Lorenzo: *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 271-273.

(13) Protocolo Adicional 1.º, de 20 de marzo de 1952, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (<[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/Convention_SPA.pdf)>). El art. 2 del Convenio, según ha manifestado CANOSA USERA, Raúl: «Derecho a la instrucción y pluralismo educativo». En GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.): *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 874-875 y 895, proclama una libertad negativa, más que un derecho de naturaleza prestacional. Para este autor, la Comisión ha reconocido la titularidad del derecho (en la enseñanza elemental) a las personas físicas, entre las que están «los extranjeros y los apátridas, aunque reconociendo al Estado la facultad de regular y aplicar un régimen de acceso al país y de permanencia en él». El CEDH actuaría como un límite a las políticas educativas públicas (no como un estímulo) frente a las cuales operarían las dos libertades negativas, el derecho a la educación y el derecho al respeto de las convicciones.

(14) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, en su versión adaptada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:es:pdf>>).

y ayudas en las mismas condiciones que los españoles», según los requisitos fijados reglamentariamente por las autoridades públicas competentes (art. 9.1 LOEX). Estos aspectos sobre las becas y ayudas, sobre sus tipos y cuantías, o los requisitos económicos y académicos para optar a ellas no forman parte del derecho subjetivo a la educación, sino que son más bien aspectos que «aparecen, lógicamente, dotados de provisionalidad en razón a posibles circunstancias cambiantes» (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 14). Ahora bien, estos elementos no educativos —que no escaparán a recortes y restricciones en un contexto de crisis económica— son utilizados por los poderes públicos para evitar desigualdades entre los ciudadanos, esto es, para facilitar el acceso a la educación a los grupos o colectivos de la población más desfavorecidos, entre los que se encuentran los inmigrantes.

De acuerdo con lo previsto en el art. 27.1 CE (interpretado de conformidad con diversos tratados y acuerdos internacionales), en el art. 9.1 LOEX y en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), la titularidad y ejercicio del derecho a la educación, en su dimensión prestacional —cuyo contenido esencial comprende la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, así como la postobligatoria, sin excepción alguna por razones de nacionalidad o de situación administrativa en España—, corresponde a los extranjeros menores de dieciocho años, en iguales condiciones que los españoles<sup>(15)</sup>. Estos podrán acceder a todos los niveles educativos reglados (la educación básica, que comprende la primaria y la secundaria obligatoria, el bachillerato y la formación profesional de grado medio). También se extenderá al nivel de la educación infantil, que es voluntaria y además gratuita, en el segundo ciclo, de tres a seis años (arts. 14.1 y 15.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE))<sup>(16)</sup>.

Los extranjeros mayores de dieciocho años tienen también derecho a la educación, aunque en relación con su contenido habrá que estar a lo establecido en la legislación educativa. No obstante, el art. 9.2 LOEX precisa que solamente los extranjeros residentes mayores de dieciocho años pueden acceder a «las demás etapas educativas postobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles». Por lo tanto, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años no podrán acceder a la educación obligatoria básica. Sí podrán acceder a otras acciones formativas para adultos, al igual que los que se encuentren en situación

---

(15) Aunque el art. 1.3 LODE todavía habla de extranjeros residentes. Norma que se entiende derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la LOEX.

(16) En el primer ciclo de educación infantil, hasta los tres años, la educación es voluntaria y no gratuita, aunque conforme al art. 15.1 LOE las Administraciones públicas pueden promover un incremento progresivo de la oferta de plazas públicas y pueden coordinar políticas de cooperación entre ellas y con otras entidades para asegurar la oferta educativa. «A tal fin, determinarán las condiciones en las que podrán establecerse convenios con las corporaciones locales, otras Administraciones y entidades privadas sin fines de lucro». En este sentido, se han firmado convenios de colaboración entre el Ministerio de Educación y las Comunidades Autónomas para cofinanciar la creación de plazas públicas de primer ciclo de educación infantil, en escuelas infantiles. Por ejemplo, en Castilla y León, a través del *Plan Educa3*, que se inicia en 2008, se han creado 3.093 plazas públicas de primer ciclo de educación infantil, en 68 centros ubicados en diferentes municipios de la Comunidad Autónoma, mediante la firma de convenios de colaboración en 2008, 2009 y 2010, entre el Ministerio de Educación y la Junta de Castilla y León (<<http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/>>). Ahora bien, en abril de 2012, el Ministerio de Educación ha suspendido los programas de cooperación con las Comunidades Autónomas suprimiendo el plan de creación de plazas en escuelas infantiles para los menores de tres años, lo que pone en peligro la financiación de este tipo de plazas y el posible acceso de menores extranjeros a ese primer ciclo en las escuelas infantiles.

irregular, como las escuelas de adultos, a través de las cuales se facilitará el incremento del nivel formativo de los inmigrantes y su capacidad de promoción laboral e integración social, aunque estaríamos ya en presencia de acciones relacionadas con el apartado 3.º del art. 9 LOEX<sup>(17)</sup>.

El art. 9.3 LOEX es una norma finalista dirigida a los poderes públicos, en particular a los autonómicos por ser estos los competentes en la materia, que conecta el derecho a la educación y algunos de sus contenidos con la integración social de los inmigrantes: «los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social», sin que esta integración social pueda ser entendida como una «asimilación social» a la cultura del país de acogida en términos de pérdida de la identidad cultural del extranjero<sup>(18)</sup>.

### 1. Algunas dificultades para conseguir la integración de los alumnos inmigrantes en el sistema educativo y medidas para solventarlas

El derecho de educación «junto a su contenido primario de derecho de libertad», incorpora «una dimensión prestacional» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3), que obliga a los poderes públicos a procurar su efectividad y ejercicio, concretándose, entre otros aspectos, en la necesidad de facilitar el acceso al servicio público educativo a todas las personas, con independencia de su nacionalidad, y para alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 CE)<sup>(19)</sup>. Además, en el caso de las personas extranjeras, el

---

(17) La educación de adultos se regula en la LOE como uno de los tipos de enseñanza que integran el sistema educativo español (art. 3.2 y capítulo IX del título I), y que tiene por finalidad «ofrecer a todos los mayores de dieciocho años la posibilidad de adquirir, actualizar, completar o ampliar sus conocimientos y aptitudes para su desarrollo personal y profesional» (art. 66). Este tipo de enseñanza ha sido desarrollado normativamente por las Comunidades Autónomas en el marco de la legislación básica estatal (LOE). Así, por ejemplo, en Castilla y León, esta materia se rige por la Ley 3/2002, de 9 de abril, de Educación de Personas Adultas de Castilla y León y por el Decreto 105/2004, de 7 de octubre, por el que se regula la ordenación general de las enseñanzas y centros de Educación de Personas Adultas, modificado por el Decreto 77/2008, de 30 de octubre. Dentro de las áreas que integran la ordenación de las enseñanzas de personas adultas existe un área, la de formación para el desarrollo personal y social, en la que pueden llevarse a cabo programas no formales dirigidos a fomentar la participación de las personas adultas en la vida social, cultural, política y económica, el desarrollo de valores cívicos, y democráticos, la igualdad de oportunidades, la integración de personas adultas inmigrantes, el fomento de la salud y el conocimiento del patrimonio cultural y natural de la Comunidad. También dentro de este área se contempla la posibilidad de ofertar cursos de español para inmigrantes, dirigidos a personas inmigradas que deseen adquirir conocimientos básicos de español.

(18) Cfr. GARCÍA ROCA, Javier: «Inmigración, integración social de los extranjeros y concurrencia de competencias territoriales». En Autores Varios: *Derecho, Inmigración e Integración* (XXIX Jornadas de Estudio), Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 60. En términos similares se había pronunciado también CÁMARA VILLAR, Gregorio: «El derecho a la educación de los extranjeros en España». En MOYA ESCUDERO, Mercedes (coord.): *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 607. Sobre la idea de integración social, su carácter «poliédrico» y sus distintos enfoques (integración genérica, específica y restringida), vid. AJA, Eliseo: *Inmigración y Democracia...*, op. cit., pp. 441-465.

(19) Acerca de la doble dimensión del derecho a la educación, cfr. VIDAL PRADO, Carlos: «La doble dimensión del derecho a la educación». En CASCAJO CASTRO, José Luis, TEROL BECERRA, Manuel, DOMÍNGUEZ VILA, Antonio y NAVARRO MARCHANTE, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 465 y ss., y JOVER GÓMEZ FERRER, Rafael, ORTEGA CARBALLO, Carlos y RIPOL CARULLA, Santiago: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 122-

acceso a la educación contribuirá a facilitar su integración en la sociedad de acogida. Y es que la educación no solamente posibilitará la convivencia en las aulas entre niños y jóvenes inmigrantes y nacionales, sino que condicionará también su vida, el desarrollo de su personalidad y su incorporación futura al mercado laboral, en definitiva su progreso social. Tarea que no resulta fácil, dadas las dificultades de adaptación de los inmigrantes a un país con cultura y lenguas diferentes, con costumbres distintas y, por regla general, atravesando dificultades económicas.

La distribución desigual de la población extranjera a lo largo del territorio del Estado ha dado lugar a que las Comunidades Autónomas, conforme han ido adquiriendo competencias en materia de educación, y conscientes de que esta es un elemento fundamental de integración, han ofrecido diferentes respuestas a la inmigración. Así, en función del número de inmigrantes que se hayan asentado en su ámbito territorial, de su origen, de los centros educativos existentes, de la presencia o no de lenguas cooficiales, los poderes públicos autonómicos han ido afrontando con medidas diferentes (plasmadas inicialmente en planes de integración y concretadas posteriormente algunas de ellas en normas jurídicas reglamentarias) la integración de los alumnos extranjeros en el sistema educativo y en la sociedad de acogida<sup>(20)</sup>.

Algunas de las medidas que se han adoptado por las Administraciones públicas autonómicas para corregir las dificultades con las que se encuentran los alumnos inmigrantes en las aulas y facilitar su integración escolar y social han sido, entre otras, las siguientes: la revisión del *currículum* escolar ante el desconocimiento de la lengua por el alumnado extranjero y el amplio desfase curricular, el establecimiento de instrumentos de acogida del alumnado extranjero para facilitar su escolarización en cualquier época del año escolar (aulas temporales de adaptación lingüística y social, o de inmersión lingüística, o de acogida), la promoción de campañas de sensibilización para llevar a cabo la escolarización de menores extranjeros inmigrantes, la adopción de medidas compensatorias o de refuerzo para alumnos con necesidades educativas especiales, la promoción de la educación intercultural, el ofrecimiento a la población inmigrante para el acceso a los programas de educación de adultos, o el establecimiento de medidas para la admisión y distribución del alumnado extranjero entre centros educativos<sup>(21)</sup>.

---

124. En general, sobre los derechos educativos en la Constitución, *cfr.* FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 13 y ss.; EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 25 y ss., y *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI: consideraciones jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 20 y ss., y COTINO BUESO, Lorenzo: *El derecho a la educación como derecho fundamental*, *op. cit.*, pp. 8 y 41 y ss.

(20) Pueden consultarse, a título de ejemplo, los siguientes planes de integración social, algunos de ellos específicos para la materia educativa: Plan Integración Social de las personas Inmigrantes en la Región de Murcia 2006-2009; II Plan Integral para la Inmigración en Andalucía 2006-2009; el II Plan Integral de Inmigración de Castilla y León 2010-2013 y el Plan de Atención al Alumnado Extranjero y de Minorías de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León de 2004, o el Plan de Acción 2009 de Castilla-La Mancha para la acogida, la integración y el refuerzo educativo de inmigrantes. Sin olvidarse del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

(21) Se trata de medidas que articulan políticas públicas compensatorias con el objeto de facilitar el aprendizaje y prestar de forma adecuada y efectiva el derecho a la educación al colectivo de los extranjeros que se incorporan al sistema educativo. Son medidas que se contienen en la legislación educativa estatal y autonómica, no en la de extranjería. Acerca de ellas, pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia: *El estatuto*

#### IV. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Uno de los problemas en la incorporación de los alumnos inmigrantes al sistema educativo es el de la concentración de dichos alumnos en determinados centros educativos, en su mayoría de titularidad pública, que en muchos casos suelen estar ubicados en los barrios periféricos de los grandes núcleos de población<sup>(22)</sup>. Esta situación ha derivado en la aparición de escuelas-guetos, que ha provocado, a su vez, la huida y el refugio de los alumnos nacionales en otros centros educativos (en su mayoría concertados de titularidad privada), al ejercer los padres el derecho a la elección de centro docente.

Con el objeto de evitar esa concentración de los menores extranjeros y su segregación escolar, que redundará además en una disminución de la calidad educativa, se han propuesto algunas medidas que han ido incorporándose a normas autonómicas para garantizar una escolarización del alumnado inmigrante de forma equilibrada<sup>(23)</sup>. Ahora bien, para la con-

---

*jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 127-131; LARIOS PATERNA, María Jesús: «El derecho a la educación de los inmigrantes: la concentración como límite a su pleno ejercicio». En CEBOLLA BOADO, Héctor y LARIOS PATERNA, María Jesús: *Inmigración y educación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 67 y ss.; JOVER GÓMEZ FERRER, Rafael, ORTEGA CARBALLO, Carlos y RIPOD CARULLA, Santiago: *Derechos fundamentales de los extranjeros...*, op. cit., pp. 151-153; PÉREZ SOLA, Nicolás: «El derecho a la educación». En AJA, Eliseo (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 410 y ss.; del mismo autor, «Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores». En CASCAJO CASTRO, José Luis, TEROL BECERRA, Manuel, DOMÍNGUEZ VILA, Antonio y NAVARRO MARCHANTE, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 360-363; AJA, Eliseo: *Inmigración y Democracia...*, op. cit., pp. 371-379 y ARBELÁEZ RUDAS, Mónica: «La nueva regulación del derecho a la educación de los extranjeros en España». En BOZA MARTÍNEZ, Diego, DONAIRE VILLA, Francisco Javier y MOYA, David (coords.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 69-71. Resulta también de sumo interés, no en vano se ha convertido en una referencia sobre el tema, el Informe monográfico del Defensor del Pueblo de 2003, sobre *Escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico* (2 vols.) (<[http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido\\_1261584551261.html](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1261584551261.html)>), en particular, las recomendaciones (pp. 266 y ss.).

(22) La concentración de los alumnos inmigrantes en centros públicos alcanza cifras elevadas en las Comunidades Autónomas de Madrid y Cataluña. *Vid.*, al respecto, para Cataluña, MANRUBIA COSTA, Ignasi: «El régimen jurídico de los derechos sociales de los inmigrantes en Cataluña». En Enric ARGULLOL I MURGADAS (dir.): *Inmigración y transformación social en Cataluña*, vol. II, Estudio jurídico comparado, Fundación BBVA-IEA, Bilbao, 2007, pp. 347-351, y LARIOS PATERNA, María Jesús: «El derecho a la educación de los inmigrantes: la concentración...», op. cit., pp. 75 y ss.; y para Madrid, PÉREZ SOLA, Nicolás: «El derecho a la educación...», op. cit., pp. 426-434.

(23) El Defensor del Pueblo, en el *Informe sobre Escolarización del alumnado de origen inmigrante...*, op. cit., vol. II, p. 267, ya avanzaba algunas medidas para solucionar este problema: campañas específicas informativas dirigidas a los colectivos inmigrantes sobre la gratuidad de la escolarización en centros privados-concertados; incremento del control de las autoridades educativas sobre el proceso de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos; arbitrar medidas necesarias, a través de cupos de reserva u otras similares, que posibiliten una equilibrada distribución del alumnado de origen inmigrante entre los distintos centros educativos; establecer limitaciones al derecho a la libre elección de centro, debidamente proporcionadas al fin que se pretende conseguir. También se denunciaba este problema de la concentración de los alumnos inmigrantes en determinados centros escolares y se proponían algunas medidas en el Informe extraordinario de mayo de 2008 del Síndic de Greuges de Cataluña sobre *La segregación escolar en Cataluña* (<<http://www.sindic.cat/site/>>), pp. 143 y ss. En Castilla y León, en los últimos años, se han presentado también algunas quejas ante el Procurador del Común por casos de concentración de alumnos inmigrantes en determinados centros educativos. *Cfr.* el Informe anual 2011 del Procurador del Común, pp. 535-537, en el que esta institución resuelve una queja concreta por la agrupación del alumnado inmigrante, indicando que la Administración educativa ha de intervenir «de forma activa para prevenir las consecuencias negativas que influyen en la plena integración de los alumnos y en los niveles de calidad de la educación, incluso en detrimento de la plena efectividad del derecho a la libertad de elección de centro, si es imprescindible para evitar “guetos” educativos». La Consejería de Educación ha rechazado la resolución, considerando que «la proporción de alumnado inmigrante escolarizada en los centros a los que

secución de dicho objetivo es preciso que las autoridades educativas competentes procedan a una aplicación más estricta de esa normativa sobre escolarización en los centros concertados, así como también a un mayor y efectivo control, a través de la inspección educativa, sobre el proceso de admisión de los alumnos en dichos centros que, como es sabido, se sostienen con fondos públicos. De igual manera, debiera de intensificarse el control de las autoridades administrativas competentes (y su coordinación) para impedir los fraudes que todavía siguen cometiéndose por algunas familias con el fin de evitar la escolarización de sus hijos en centros educativos no deseados, acudiendo, por ejemplo, a falsos empadronamientos. Sin olvidar que, en otros casos, son los propios centros concertados los que utilizan ciertas argucias para no admitir a los alumnos inmigrantes, como el establecimiento de una cuota elevada que habrá de ser satisfecha a una fundación o asociación vinculada al colegio o a la congregación religiosa que lo gestiona, en concepto de utilización y mantenimiento de las instalaciones o de actividades extraescolares obligatorias, a veces incluidas en el horario escolar. Prácticas que son contrarias al carácter gratuito de la educación básica.

En la incorporación de los alumnos inmigrantes al sistema educativo español pueden existir casos en los que sea necesario adoptar determinadas medidas de apoyo para atender las necesidades educativas especiales que presenten dichos alumnos. Por ello, el art. 87 LOE prevé que, con la finalidad de «asegurar la calidad educativa, la cohesión social y la igualdad de oportunidades», las Administraciones públicas garantizarán «una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo». Para ello, «establecerán la proporción de alumnos de estas características que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados y garantizarán los recursos personales y económicos necesarios a los centros para ofrecer dicho apoyo» (apartado 1.º). Al objeto de facilitar la escolarización de este tipo de alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, «las Administraciones educativas pueden reservar una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados», al mismo tiempo que pueden «autorizar un incremento de hasta un diez por ciento del número máximo de alumnos por aula en los centros públicos y privados concertados para atender necesidades inmediatas de escolarización del alumnado de incorporación tardía» (apartado 2.º)<sup>(24)</sup>.

Una de las prioridades de las Administraciones públicas competentes es favorecer la incorporación tardía al sistema educativo español de los alumnos que procedan de otros países. Incorporación que se garantizará, en todo caso, en la edad de escolarización obligatoria, según se reconoce en el art. 78.1 LOE. La escolarización de este tipo de alumnado

---

se refería la queja era inferior al 30%, así como que la proporción de alumnado de etnias minoritarias o de condición sociocultural desfavorecida, que presentaba necesidad específica de apoyo educativo por desfase curricular, era notablemente inferior al mencionado porcentaje». En esta Comunidad Autónoma, el Decreto 17/2005, de 10 de febrero, por el que se regula la admisión del alumnado en centros docentes sostenidos con Fondos Públicos de la Comunidad de Castilla y León, contiene algunas medidas para evitar el problema al que nos estamos refiriendo. Decreto que, por otro lado, ha sido modificado por diferentes normas en 2007, 2008, 2009 y 2011 (<<http://www.educa.jcyl.es/es/admision/admision-alumnado-2-ciclo-infantil-primaria-ecundaria/normativa-materia-admision>>).

(24) Las Comunidades Autónomas incluyen también estas previsiones en su normativa de desarrollo. Véase, por ejemplo, para Castilla y León, los arts. 3 a 7 de la Resolución de 17 de mayo de 2010, de la Dirección General de Planificación, Ordenación e Inspección Educativa, por la que se organiza la atención educativa al alumnado con integración tardía en el sistema educativo y al alumnado en situación de desventaja socioeducativa, escolarizado en el segundo ciclo de Educación Infantil. Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria.

#### IV. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

---

habrá de realizarse atendiendo a «sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico» (art. 78.2 LOE), correspondiendo a las Administraciones educativas el desarrollo de «programas específicos para los alumnos que presenten graves carencias lingüísticas o en sus competencias o conocimientos básicos, a fin de facilitar su integración en el curso correspondiente» (art. 79.1 LOE)<sup>(25)</sup>.

Las acciones compensatorias o de refuerzo aplicables a los alumnos inmigrantes con necesidades educativas específicas para su integración escolar pueden verse afectadas como consecuencia de la publicación del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo<sup>(26)</sup>, al aumentar el ratio de alumnos por aula en la educación primaria y secundaria (un 20%) (art. 2), en cuanto que esta medida influirá negativamente en la eficacia de la respuesta educativa a este colectivo de alumnos inmigrantes cuando las sesiones de apoyo se desarrollen dentro del aula ordinaria. También podría incidir de forma negativa en el desarrollo de este tipo de acciones compensatorias o de apoyo, destinadas a los alumnos inmigrantes con necesidades educativas específicas, el nuevo sistema de nombramiento de funcionarios interinos por sustitución transitoria de los profesores titulares (art. 4), ya que dicho nombramiento se producirá únicamente cuando hayan transcurrido diez días lectivos desde la situación que da origen a dicho nombramiento. Según establece la norma, el período de diez días lectivos previo al nombramiento del funcionario interino deberá ser atendido con los recursos del propio centro docente. Esta medida de sustitución temporal del profesor titular, durante el período de diez días lectivos, con los recursos personales del centro docente presenta ciertas dificultades para su cumplimiento efectivo en el caso de que haya que sustituir a profesores de compensación educativa que se ocupen de los alumnos inmigrantes en sesio-

---

(25) Pueden consultarse también, para Castilla y León, los arts. 4 a 6 de la Resolución citada de 17 de mayo de 2010, de la Dirección General de Planificación, Ordenación e Inspección Educativa, en relación con el nivel de desconocimiento de la lengua castellana por el alumnado que se incorpore tardíamente al sistema educativo; o en relación con la situación de desventaja socioeducativa derivada de sus especiales condiciones sociales, económicas, culturales, geográficas, étnicas o de otra índole. Por otro lado, habría que tener en cuenta que pueden existir también españoles que por haber residido fuera de España durante un periodo de tiempo prolongado puedan encontrarse también en la situación de incorporación tardía al sistema educativo español y que por ello precisen de medidas de atención educativa. Así se prevé, por ejemplo, en el art. 15 del Anteproyecto de Ley de la Ciudadanía Castellana y Leonesa en el Exterior (<<http://participa.jcyl.es/forums/170222-anteproyecto-de-ley-de-la-ciudadania-castellana>>).

(26) Desde algunas Comunidades Autónomas como el País Vasco, Andalucía, Cataluña, Asturias o Navarra se ha manifestado, a través de diferentes responsables políticos, la intención de presentar un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril. Hasta el momento han presentado dicho recurso el Parlamento de Navarra (contra los arts. 3 y 4 y, por conexión, contra la disposición final primera del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril); el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (contra los arts. 2; 3, apartados 1 y 2; 4; 5; 6, apartados uno, dos, tres y cuatro; 7 y disposición final primera del Real Decreto-ley 14/2012) y el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (contra los arts. 3 y 4 del Real Decreto-ley 14/2012). Recursos de inconstitucionalidad que han sido admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencias de 16 de julio de 2012 (BOE de 24 de julio de 2012); de 13 de septiembre (BOE de 21 de septiembre de 2012). Existe también un Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, de 8 de junio, de 2012, sobre la adecuación a la Constitución y al Estatuto de Autonomía catalán (EAC) de los arts. 3, 4, 6 (apdos. uno, tres y cuatro) y 7 del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, solicitado por el Gobierno de la Generalitat, a los efectos de acordar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra esa disposición. El Consejo de Garantías Estatutarias concluye en su Dictamen (FJ 2) que el art. 3 del Real Decreto-ley 14/2012 vulnera las competencias de la Generalitat del art. 131.3.j) EAC, relativas a la política de personal al servicio de la Administración educativa y el art. 4 conculca las competencias de la Generalitat del artículo 131.2.f) EAC, en relación con las directrices de actuación en materia de recursos humanos. (<<http://www.cge.cat/export/sites/Consell/es/arxiu/dictamens>>).

nes de apoyo fuera del aula, o a profesores responsables de aulas de inmersión lingüística. Y es, que en estos casos, el centro docente no dispone del personal cualificado para atender a dichos alumnos. Estos tendrán que regresar a las aulas ordinarias con el resto de los alumnos, retrasándose el cumplimiento de la programación que se haya hecho de las acciones compensatorias o de apoyo. Por otro lado, en aquellos supuestos en los que las plantillas de los centros estén más ajustadas, generalmente centros de Educación Primaria Obligatoria, el recurso más fácil de utilizar, para el caso de que haya que proceder a la sustitución temporal de los profesores titulares, es acudir al profesorado de apoyo, que de este modo no estará disponible o dejará de estarlo para atender a los alumnos inmigrantes que precisen de acciones compensatorias o de sesiones de apoyo.

Para que las Administraciones públicas puedan llevar a cabo las actuaciones y medidas específicas destinadas a la integración social de las personas inmigrantes, entre las que se hallan las de carácter educativo, se precisan recursos económicos suficientes y una colaboración económica entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que ha venido existiendo desde el año 2005. En esta línea el apartado 4.º del art. 2 *ter* LOEX ha previsto la financiación de unos «programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes» «con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo». Sin embargo, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, en su Disposición adicional cuarenta y cuarta, bajo el título «suspensión normativa», ya se establecía que «queda sin efecto en 2012 lo previsto en el artículo 2 *ter* 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero». Se trataba de una medida adoptada por el Gobierno de la nación en el contexto actual de crisis económica, que ha supuesto una reducción de las actuaciones de las Administraciones autonómicas y locales en materia de acogida e integración social de los inmigrantes, con una cierta repercusión en el ámbito educativo. Medida que se reitera en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, aprobado por el Pleno del Congreso, que en su Disposición adicional sexagésima tercera, bajo el mismo título de «suspensión normativa», dispone igualmente que «queda sin efecto para el ejercicio 2013 lo previsto en el artículo 2 *ter* 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero»<sup>(27)</sup>.

## **2. La formación en valores democráticos y principios constitucionales como elemento de integración social de los inmigrantes**

En la integración social de los inmigrantes, además del aprendizaje de la lengua o lenguas del país de acogida, que es una pieza clave, juega también un papel decisivo, como dice el

---

(27) La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 puede verse en la página web del BOE (<<http://www.boe.es/boe/dias/2012/06/30/pdfs/BOE-A-2012-8745.pdf>>.). El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, aprobado por el Pleno del Congreso (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 27-12, de 20 de noviembre de 2012), puede consultarse en la página web del Congreso de los Diputados (<[http://www.congreso.es/docu/pge2013/PGE-ROM/doc/L\\_13\\_A\\_1.pdf](http://www.congreso.es/docu/pge2013/PGE-ROM/doc/L_13_A_1.pdf)>.). Acerca del fondo estatal para la integración de los inmigrantes, como mecanismo de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: «Mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la integración de inmigrantes: una panorámica general», y VIDAL FUEYO, Camino: «Políticas públicas e integración». En MATIA PORTILLA, Francisco Javier (dir.): *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pp. 371 y 394.

apartado 2.º del art. 2 *ter* LOEX, la adquisición de conocimientos y el respeto de «los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres». Para la consecución de este fin, las Administraciones públicas habrán de llevar a cabo «acciones formativas». No en vano, en la legislación estatal en materia de educación, aplicable a todos los alumnos, se ha incluido entre los fines de la actividad educativa, que ha de estar orientada por los principios y declaraciones de la Constitución: «la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia; la formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España; la formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos y para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos» (art. 2.b, e y g LODE). Objetivos del sistema educativo que se corresponden con el derecho y el deber que tienen todos los alumnos «de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía», para «formarse en los valores y principios reconocidos en ellos» (art. 6.2 LODE). En sentido igual o similar, el art. 2.1.b) y c) de la LOE prevé entre los fines del sistema educativo español: «la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres; la educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos»<sup>(28)</sup>.

La formación en los valores, principios y derechos aludidos, como se ha reiterado, es un instrumento idóneo para conseguir la integración de aquellas personas que proceden de países con culturas y sistemas políticos diferentes al nuestro. Para alcanzar este objetivo, las Administraciones educativas competentes pueden desarrollar programas específicos destinados a los alumnos de otros países que «presenten graves carencias lingüísticas o en sus competencias o conocimientos básicos»<sup>(29)</sup>, también en aquellos conocimientos relativos a los valores, principios y derechos constituciones que rigen en nuestro país. Pero para lograr esa finalidad de formar a los alumnos inmigrantes en los valores y principios constitucionales, una vez integrados en las aulas, puede servir también la asignatura de Educación para la Ciudadanía, introducida por la Ley Orgánica de Educación como asignatura obligatoria tanto en la educación primaria como en la secundaria obligatoria<sup>(30)</sup>.

---

(28) En general, *vid.* sobre el tema el informe monográfico del Defensor del Pueblo *La presencia de los valores democráticos en el proceso educativo*, en *Informes, estudios y documentos*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2011, pp. 17 y ss. Disponible también en Internet (<[http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Seminario\\_valores\\_democrat\\_accesib.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Seminario_valores_democrat_accesib.pdf)>.). Algunas de las normas legales citadas tienen su inspiración en normas internacionales como el art. 26.2 DUDH, en el que se establecen entre otros fines de la educación «el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; [favorecer] la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones, todos los grupos étnicos o religiosos; y (...) el desarrollo de actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz», o el art. 13.1PIDCES, que recoge idénticos objetivos de la educación.

(29) Artículos 78.1 y 79.1 LOE, que hacen referencia a la incorporación tardía al sistema educativo de los alumnos inmigrantes y a los programas específicos para facilitar su integración en el sistema educativo español. Estas disposiciones sustituyen al art. 42 de la derogada Ley Orgánica 10/2002 de Calidad de la Educación, que en su apartado 4.º establecía además que «los alumnos extranjeros tendrán los mismos derechos y los mismos deberes que los alumnos españoles. Su incorporación al sistema educativo supondrá la aceptación de las normas establecidas con carácter general y de las normas de convivencia de los centros educativos en los que se integre».

(30) Así, el art. 18.3 LOE, en relación con la educación primaria, reconoce que «en uno de los cursos del tercer ciclo de la etapa (...), se añadirá la (materia) de educación para la ciudadanía y los derechos humanos, en la que se

Este tipo de acciones formativas previstas por el legislador tratan de dar solución a los problemas y dificultades prácticas que puedan surgir en las aulas como consecuencia de la convivencia en ellas de alumnos procedentes de diferentes culturas, cuyas costumbres siguen practicándose en el ámbito familiar al que pertenecen. Mediante las acciones formativas se persigue la integración social de los alumnos inmigrantes, pero no una asimilación social y cultural a la existente en el país de acogida que pueda conducir a una pérdida de su identidad cultural. No obstante, existe el riesgo de que en algunos casos no se logre ese equilibrio deseado entre integración social de los alumnos inmigrantes y conservación de su identidad cultural, pudiendo surgir un «choque de culturas» debido a ese «desajuste entre la cultura de procedencia, la del contexto social en el que desarrollan su vida cotidiana y la cultura académica hegemónica»<sup>(31)</sup>.

---

prestará especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres», y el art. 24.3 LOE, respecto de la educación secundaria obligatoria, que «en uno de los tres primeros cursos todos los alumnos cursarán la materia de educación para la ciudadanía y los derechos humanos en la que se prestará especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres». PÉREZ SOLA, Nicolás: «Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos», *op. cit.*, pp. 368-373, pone de manifiesto también cómo la incorporación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía al *currículum* en la enseñanza obligatoria, siguiendo la estela de las iniciativas adoptadas en el seno de la Unión Europea y por otros Estados miembros, puede contribuir a facilitar la integración de aquellos en la sociedad de acogida. El profesor PÉREZ SOLA se ocupa también en este trabajo (pp. 375-380) de la problemática jurídica que ha suscitado la impartición de esta asignatura en el sistema educativo público y del aluvión de recursos e impugnaciones que en los últimos años se han presentado por los padres de alumnos ante los órganos jurisdiccionales, reivindicando el derecho a la educación y la autonomía de los padres para elegir la formación moral de los hijos (ejercicio del derecho de objeción de conciencia frente a la asignatura).

En enero de 2012, el Ministro de Educación ha anunciado que la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos será sustituida por otra llamada Educación Cívica y Constitucional que, en palabras del Ministro, estará «libre de cuestiones controvertidas y no [será] susceptible de adoctrinamiento ideológico» (<<http://www.educacion.gob.es/horizontales/prensa/discursos/2012/01/20120131-comparecencia-edu-dep-congreso.html>>). Mediante el Real Decreto 1190/2012, de 3 de agosto, se han modificado el Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, y el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (BOE de 4 de agosto de 2012). En esta última etapa, la Educación para la Ciudadanía está configurada por dos materias: la Educación para la ciudadanía y los derechos humanos, que se imparte en uno de los tres primeros cursos, y la Educación Ético-cívica de cuarto curso. Con el Real Decreto 1190/2012, de 3 de agosto, se han modificado algunos de los bloques de contenidos de la asignatura de Educación para la Ciudadanía en ambas etapas, sustituyendo algunos contenidos temáticos por otros nuevos, que en algunos casos se formulan de modo más genérico. Así, por ejemplo, se introducen contenidos relativos a «los conflictos en el mundo actual: terrorismo, estados fallidos, fanatismo religioso (...) La lucha contra el subdesarrollo y acciones para lograr un mundo más próspero y más justo. Globalización e interdependencia: El uso de las tecnologías de la información y la comunicación, nuevas formas de relación y ocio. Derecho a la privacidad y respeto a la propiedad intelectual». También se suprimen algunos contenidos temáticos anteriores como «la desigualdad de género» o «la lucha contra la homofobia». En la última versión que se ha difundido del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (diciembre de 2012) ya no se menciona la asignatura de Educación Cívica y Constitucional como sustitutiva de Educación para la Ciudadanía. Ahora se dice que en Educación Primaria, en el bloque de asignaturas específicas, todos los alumnos deben cursar en cada uno de los cursos la asignatura de «Valores Culturales y Sociales», como alternativa a la de «Religión», cuya elección corresponderá a los padres o tutores. Asimismo, en Educación Secundaria, y dentro del bloque de asignaturas específicas, todos los alumnos deben cursar en cada uno de los cursos la materia de «Valores Éticos», como alternativa a la de «Religión», cuya elección corresponderá igualmente a los padres o tutores (<[http://www.csi-f.es/sites/default/files/131118/20121203\\_mec\\_anteproyecto\\_de\\_ley\\_organica\\_para\\_la\\_14085.pdf](http://www.csi-f.es/sites/default/files/131118/20121203_mec_anteproyecto_de_ley_organica_para_la_14085.pdf)>). Habrá que esperar a conocer el diseño curricular y el contenido de dichas asignaturas para comprobar si mediante ellas se puede contribuir también a facilitar la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida.

(31) *Vid.* en este sentido PÉREZ SOLA, Nicolás: «Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos», *op. cit.*, p. 382.

Coincidimos con la opinión de PÉREZ SOLA, cuando afirma que en el sistema educativo público es esencial «la formación de los alumnos en la diversidad, en el pluralismo presente en nuestra sociedad, así como en el aprendizaje en el respeto a la pluralidad en un contexto democrático, de igualdad de derechos, de división de poderes». La asignatura Educación para la Ciudadanía puede contribuir en estos aspectos a «la socialización de los alumnos en los valores de la sociedad», al mismo tiempo que facilitar «la “interacción” entre inmigrantes y ciudadanos de los Estados miembros como mecanismo fundamental para la integración»<sup>(32)</sup>. Si bien ha de tenerse en cuenta, según ha reconocido el Tribunal Supremo, que la intervención del Estado en materia de educación, que «es obligada (representa el aspecto prestacional del derecho a la educación)», tiene como fin «no sólo (1) asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado, sino también (2) ofrecer una instrucción o información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático». En la actuación estatal de transmisión y difusión de conocimientos pueden distinguirse, por un lado, «los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales». Por otro lado, estaría «la explicación del pluralismo de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones, lo que comporta, a su vez, informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de ese espacio ético común, pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad». Esta diferenciación «marca los límites que tiene la actuación del Estado en materia educativa y, sobre todo, acota el terreno propio en que regirá la proscripción de adoctrinamiento que sobre él pesa por la neutralidad ideológica a que viene obligado»<sup>(33)</sup>.

### 3. Educación e integración social de los extranjeros en el ámbito autonómico: el conocimiento de la lengua autonómica

En el ámbito autonómico, la relación entre educación e integración social de los extranjeros puede constatarse expresamente en las dos leyes autonómicas que sobre integración social de los inmigrantes y acogida de estos se han publicado hasta ahora: La Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las personas inmigrantes en la Comunidad Valenciana, y la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña<sup>(34)</sup>. La primera, la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las perso-

---

(32) *Ibidem*, p. 383.

(33) *Cfr.* la STS, Sala 3.ª, de 2009 (FJ 6), en la que el Tribunal interpreta los mandatos del art. 27.2 y 5 CE, en relación con el papel del Estado en materia de educación.

(34) La Ley catalana no es una Ley de integración social de los inmigrantes, de regulación de sus derechos sociales, sino que es una Ley que regula un servicio público de acogida, sin perjuicio de que contenga también normas relativas a los derechos sociales de las personas inmigradas que acuden a dicho servicio. En Castilla y León, la Junta de Castilla y León ha aprobado, con fecha de 20 de diciembre de 2012, un Proyecto de Ley de Integración de los Inmigrantes en la sociedad de Castilla y León. El objeto de la Ley, según lo expuesto en su Título preliminar, es «la regulación de los principios, actuaciones e instrumentos a través de los cuales los poderes públicos de la Comunidad promoverán la plena integración de los inmigrantes en la sociedad castellana y leonesa, así como la coordinación entre las Administraciones, agentes y entidades implicados en materia de inmigración en Castilla y León». La futura ley «promoverá la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León, tal y como

nas inmigrantes en la Comunidad Valenciana, establece un programa voluntario ofrecido por la Generalidad de comprensión de la sociedad valenciana para facilitar a la persona inmigrante los conocimientos básicos sobre aquella, exigiéndose al inmigrante una manifestación expresa de voluntad para seguir con aprovechamiento dicho programa (art. 6.1). Este programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana garantiza al inmigrante «el conocimiento de los valores y reglas de convivencia democrática, de sus derechos y deberes, de la estructura política, la cultura y los idiomas oficiales de la Comunidad Valenciana» (art. 7.1)<sup>(35)</sup>. Ha de recordarse que el aprendizaje de la lengua se ha convertido en un instrumento fundamental para la inserción plena en el sistema educativo y en la formación y conocimiento de valores y culturas.

El art. 20 de la Ley regula los servicios que comprende la acogida de las personas inmigrantes que llegan a la Comunidad Valenciana, entendiendo por acogida el conjunto de actuaciones que se realizan, en un periodo inicial, para atender a las personas inmigrantes. Entre estos servicios se incluyen, en el apartado 1.º de dicho precepto, la necesidad de «facilitar los medios que permitan una comunicación y comprensión inicial eficaz» y «el acceso a unos conocimientos básicos de los idiomas oficiales de la Comunidad Valenciana». Asimismo, en el apartado 2.º del art. 20, se concretan algunas medidas o actuaciones para la acogida de los menores, como «la necesidad de atender a su formación educativa, facilitar la escolarización y el acceso, en su caso, a programas de educación compensatoria y de acogida escolar»<sup>(36)</sup>.

La Ley valenciana parte de las previsiones establecidas en la LOEX y reitera algunas de sus normas garantizando el acceso de los menores inmigrantes a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria (art. 28.1) o a la educación no obligatoria de las personas inmigrantes, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente (art. 29.1). Asimismo, dispone la aplicación de medidas oportunas para la escolarización de los menores inmigrantes con necesidades educativas especiales (art. 28.2), o para potenciar el acceso de las personas inmigrantes a los centros de formación de adultos (art. 29.2).

---

establece el artículo 70.1 del Estatuto de Autonomía» (<[http://www.comunicacion.jcyl.es/web/jcyl/Comunicacion/es/Plantilla100Detalle/1281372051501/\\_/1284250771261/Comunicacion](http://www.comunicacion.jcyl.es/web/jcyl/Comunicacion/es/Plantilla100Detalle/1281372051501/_/1284250771261/Comunicacion)>).

(35) Desde el año 2009, con carácter anual, se han creado en la Comunidad valenciana unas «Escuelas de acogida», que forman parte de un «Programa Voluntario de Comprensión de la Sociedad Valenciana», en el que se garantiza a los nuevos ciudadanos, mayores de 18 años que residan en la Comunidad valenciana, el conocimiento de los valores y reglas de convivencia democrática, los derechos y deberes, la estructura política y los idiomas oficiales de la Comunidad Valenciana. Los contenidos se estructuran en cuatro áreas: Bloque I: lengua castellana y valenciana. Bloque II: legislación básica: Constitución Española, Estatuto de Autonomía, Ley de Integración, Ley de Participación, Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. Bloque III: Geografía e Historia de España y de la Comunidad Valenciana. Bloque IV: Información práctica: Extranjería, Empleo, Vivienda, Sanidad. Acerca del Programa, de las Escuelas y de las entidades que pueden solicitar ser Escuelas de Acogida, véase la información de la siguiente página web: <[http://www.cic.gva.es/index.php?option=com\\_content&view=article&id=291251%3Aescuelas-de-acogida-formacion-presencial&catid=12&Itemid=25&lang=es](http://www.cic.gva.es/index.php?option=com_content&view=article&id=291251%3Aescuelas-de-acogida-formacion-presencial&catid=12&Itemid=25&lang=es)>.

(36) El Proyecto de Ley de Integración de los Inmigrantes en la sociedad de Castilla y León contempla medidas similares al reconocer que «las actuaciones públicas deberán ir dirigidas a garantizar el acceso y permanencia en la escolarización obligatoria en igualdad de condiciones, a fomentar la participación de los menores inmigrantes con necesidades específicas en programas de apoyo educativo, o en la enseñanza de la lengua castellana como elemento fundamental de integración». Asimismo, dicho Proyecto de Ley prevé la creación de «Centros Integrales de Inmigración como espacios de referencia para los inmigrantes que llegan a Castilla y León, donde se desarrollarán acciones de información, asesoramiento, participación y aprendizaje» (<<http://www.comunicacion.jcyl.es/...>>).

#### IV. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

---

En el art. 30 se contienen diferentes medidas que pueden ser adoptadas por la Generalidad Valenciana para garantizar la efectividad del derecho a la educación de las personas inmigrantes: «a) implantar planes de colaboración con los ayuntamientos en materia de escolarización de menores y lucha contra el absentismo de las personas inmigrantes; b) introducir en todos los niveles educativos contenidos de educación intercultural; c) promover, en colaboración con los ayuntamientos y entidades sociales, actividades escolares y de ocio y tiempo libre que combatan el racismo y la xenofobia y fomenten los derechos humanos y el respeto a la diferencia; d) articular medidas complementarias de apoyo a la escolarización de menores inmigrantes».

Finalmente, en la Ley se hace una mención especial a los colectivos de personas inmigrantes más desfavorecidos, y que por ello están más necesitados de atención, como los menores y los jóvenes (arts. 39 a 41) y las mujeres, obligando a los poderes públicos a que adopten planes concretos de actuación en materia de formación y educación (arts. 42 y 43).

La Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, como se dice en su Exposición de Motivos, no amplía ni restringe el catálogo de derechos de los extranjeros, sino que crea un servicio público de acogida y un derecho de acceso al mismo para favorecer la autonomía de la persona y para que los derechos que ya preexisten puedan lograrse con más garantía. El servicio de acogida está formado por el servicio de primera acogida y por los programas públicos de acogida especializada. Tiene por finalidad garantizar la igualdad de las personas extranjeras que se encuentren en situación de inferioridad por desconocer la sociedad, las normas básicas y las lenguas oficiales. Pueden acceder a este servicio las personas extranjeras inmigradas a partir del momento de su empadronamiento, así como las personas que se hallen en el exterior, a partir del momento en que obtengan una autorización administrativa de residencia o estancia superior a noventa días (art. 7). La acogida, como dispone el art. 2.a), es la primera etapa del proceso de integración de la persona a la sociedad. En la Ley no se pretende hacer una regulación de determinados derechos sociales (educación, salud, trabajo), ya que ello corresponde a las diferentes leyes sectoriales e incluso a una ley de integración social, prevista también en el Estatuto de Autonomía. Ahora bien, la Ley catalana de acogida, a la hora de regular los contenidos del servicio público de acogida, sí incluye algunas normas relacionadas con los derechos sociales para facilitar la integración de las personas inmigradas.

Así, respecto del derecho de educación, se establece en el art. 8 que para las personas inmigradas, hasta la edad de la educación obligatoria (dieciséis años), corresponderá al Departamento competente en materia de educación realizar «las actuaciones de acogida para facilitarles su plena integración en el sistema educativo catalán y para garantizarles una mejor y más rápida consecución de los conocimientos y contenidos». A partir de los dieciséis años, las personas inmigradas podrán recibir acciones o cursos formativos, sin perjuicio de las funciones que tiene encomendadas el Departamento competente en materia de educación de adultos. Los contenidos mínimos de las acciones formativas son: competencias lingüísticas básicas en catalán y castellano; conocimientos laborales (régimen jurídico laboral, servicios ocupacionales) y conocimiento de la sociedad catalana (y del Estado) y de su marco jurídico (los derechos y deberes fundamentales, los recursos públicos y privados, el funcionamiento del sistema político y administrativo).

Por lo que se refiere a la adquisición por las personas inmigradas de las competencias lingüísticas básicas en catalán y castellano, cuyo nivel mínimo se fijará mediante Reglamento, el art. 9.4 de la Ley de acogida catalana dispone que el catalán, como lengua propia de Cataluña, no solo es «la lengua común para la gestión de las políticas de acogida e integración», sino que también es «la lengua vehicular de la formación y la información». Para ello, «el aprendizaje lingüístico ofrecido por los servicios de primera acogida empieza por la adquisición de las competencias básicas en lengua catalana». Y una vez que ha concluido la formación en lengua catalana, «el servicio de primera acogida debe ofrecer la formación para adquirir las competencias básicas en lengua castellana», siempre que «lo soliciten o lo requieran» (art. 9.5). Este régimen de preferencia que el art. 9, apartados 2.º, 4.º y 5.º, de la Ley de acogida otorga al aprendizaje del catalán sobre el español en el servicio administrativo de acogida, ha dado lugar a la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo, que ha sido admitido por el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 27 de septiembre de 2010<sup>(37)</sup>.

Compartimos algunos de los argumentos expuestos en el recurso por el Defensor del Pueblo para justificar la inconstitucionalidad de los apartados 2.º, 4.º y 5.º del art. 9 de la Ley de acogida catalana. En este sentido, entendemos que la preferencia absoluta de la lengua catalana sobre la castellana impide a los usuarios del servicio de primera acogida ejercer cualquier facultad de elección, y es que para poder acceder al conocimiento de la lengua castellana ha de acreditarse previamente la suficiencia de conocimientos lingüísticos en catalán. Por otro lado, esa preferencia absoluta de la lengua catalana sobre la castellana resulta contraria a lo dispuesto en el art. 2 *ter*, apartado 2.º *in fine*, de la LOEX, cuando recoge expresamente, entre algunas de las actuaciones específicas de las Administraciones públicas en materia de integración social de los extranjeros, la de favorecer «el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales».

Además, sobre la preferencia del catalán respecto del castellano ya se ha manifestado el Tribunal Constitucional, en la STC 31/2010 (FJ 14), cuando declara inconstitucional y nulo el inciso «y preferente» del art. 6.1 del Estatuto de Cataluña (que no admitía una interpretación conforme con la Constitución). Como expresa el Defensor del Pueblo, los argumentos del Tribunal para anular el referido inciso son trasladables a la cuestión aquí planteada. Para el Tribunal Constitucional, «el concepto de “preferencia”, por su propio tenor, trasciende la mera descripción de una realidad lingüística e implica la primacía de una lengua sobre otra en el territorio de la Comunidad Autónoma, imponiendo, en definitiva, la prescripción de un uso prioritario de una de ellas, en este caso, del catalán sobre el castellano, en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado. La definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede justificar la imposición estatutaria del uso preferente de aquella lengua, en detrimento del castellano, también lengua oficial en la Comunidad Autónoma, por las Administraciones Públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña».

---

(37) Recurso de inconstitucionalidad número 6352-2010 (BOE de 11 de octubre de 2010), que puede consultarse en la página web del Defensor del Pueblo, centro de documentación (<[http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentación/Recursos/inconstitucionalidad/ contenido](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentación/Recursos/inconstitucionalidad/contenido)>).

#### IV. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Asimismo, ha de resaltarse que el desequilibrio entre dos lenguas igualmente oficiales puede ir en perjuicio del propio objetivo que persigue la legislación, el de la adecuada y plena integración social de los extranjeros en España. De ahí que, como indica el Defensor del Pueblo, mediante la opción legislativa adoptada por el art. 9, apartados 2.º, 4.º y 5.º, «se priva a determinados ciudadanos del conocimiento de una lengua que tiene carácter cooficial en el conjunto del territorio español, hurtándoles o, al menos, dilatando en el tiempo la capacidad de orientar hacia otras Comunidades Autónomas su proyecto migratorio personal o familiar».

La adquisición de los conocimientos oportunos mediante las acciones formativas (competencias lingüísticas, conocimientos laborales y de la sociedad catalana y de su marco jurídico) serán acreditados mediante un certificado oficial emitido por la Generalidad o los entes locales que tendrá eficacia jurídica en el ámbito competencial de la Generalidad y de los entes locales; sin perjuicio de que dichos certificados tengan también eficacia en los procedimientos de extranjería o de adquisición de la nacionalidad, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente (art. 13)<sup>(38)</sup>. De ahí que haya que relacionar este precepto de la Ley catalana con lo dispuesto en el art. 31.7 LOEX, relativo a los informes que para valorar la integración social de los inmigrantes han de emitir las Comunidades Autónomas sobre «la asistencia a las acciones formativas» del art. 2 *ter*, para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal; o con lo previsto en el art. 68.3 LOEX, respecto de los informes que las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos han de emitir sobre la integración social de los inmigrantes, para la autorización de arraigo<sup>(39)</sup>.

---

(38) En Holanda, a los extranjeros que deseen emigrar a este país se les obliga a superar en su país de origen un examen de idioma y de conocimientos sobre la cultura y la sociedad holandesa. Incluso se les exige que adelanten una cantidad económica para abonar los cursos de preparación del examen que será reembolsada parcialmente por el Estado si superan el examen. Hay quien considera que estos requisitos constituyen auténticas barreras a la inmigración; incluso se conciben como un intento encubierto de seleccionar el origen de la inmigración. *Cfr.* al respecto MANRUBIA COSTA, Ignasi: «Las condiciones de acceso y ejercicio de los derechos de los inmigrantes». En Enric ARGULLOL I MURGADAS (dir.): *Inmigración y transformación social en Cataluña*, vol. II. *Estudio jurídico comparado*, Fundación BBVA-IEA, Bilbao, 2007, pp. 190-192.

(39) Coincidimos en este tema con la opinión de MOYA, David: «La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009...», *op. cit.*, pp. 31-32, cuando reconoce que determinados criterios de arraigo o de integración individual de los extranjeros deben ser comunes en todo el territorio nacional y han de ser fijados por el Estado, posibilitando también a las Comunidades Autónomas la fijación de otros criterios que sean expresión de la realidad de cada Comunidad Autónoma. Ha de tenerse en cuenta, además, que si los criterios de arraigo solamente fuesen determinados por las Comunidades Autónomas podrían darse situaciones y regulaciones divergentes, de tal manera que unas Comunidades podrían ser excesivamente generosas y otras, en cambio, sumamente restrictivas a la hora de fijar los criterios para la emisión del informe de arraigo, con importantes consecuencias sobre la movilidad de los inmigrantes entre Comunidades Autónomas. De ahí la necesidad de que el Estado establezca un mínimo común regulador sobre esta cuestión, al que puede responder mínimamente —por su generalidad— el contenido del art. 2 *ter* LOEX que, por otro lado, no es básico ni orgánico, como quizá hubiera sido deseable si se hubiese querido justificar la intervención del Estado ex art. 149.1.1.º CE.

El Gobierno, mediante el nuevo REX de 2011, ha distinguido, en el art. 124, tres tipos de arraigo: laboral, social o familiar. En lo que respecta al arraigo social, para el que es necesario que los extranjeros acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, la norma reglamentaria exige, además, que se cumplan, de forma acumulativa, los siguientes requisitos: «a) carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años; b) contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato (salvo en determinados supuestos que pueden presentarse más de un contrato); c) tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe

de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa. En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en este deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente. A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual sobre la información que pueda constar al mismo. El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración». Acerca de este tipo de informes, *vid.* ampliamente el trabajo del profesor Francisco J. MATIA PORTILLA «Los informes autonómicos (y/o municipales) relacionados con la inmigración: exégesis y sentido» (en imprenta).

Revista de

---

# Derecho migratorio y extranjería

---

---

**DOSSIER**

---



# LA ACTUACIÓN PROCESAL ANTE LOS TRIBUNALES EUROPEOS TEDH – TJUE

## PROCEDURAL PROCEEDING IN THE ECHR AND THE CJEU

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO / PASCUAL AGUELO NAVARRO

*Codirectores de la REDMEX*

---

### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. LOS TRIBUNALES EUROPEOS: EL TJUE Y TEDH. UN POCO DE HISTORIA.
  - 2.1. **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).**
  - 2.2. **Las actuales formaciones del TEDH y sus competencias.**
  - 2.3. **El Tribunal de Justicia de la UE.**
    - 2.3.1. El Tribunal de Justicia (TJ).
    - 2.3.2. El Tribunal General.
    - 2.3.3. El Tribunal de la Función Pública (TFPUE).
    - 2.3.4. Estatuto de los miembros del TJUE.
  - 2.4. **La adhesión de la UE a la Convención Europea de DH.**
3. LA ACTUACIÓN PROCESAL ANTE EL TEDH EN LA DEMANDA INDIVIDUAL.
  - 3.1. **Panorámica. El *iter* procedimental de una demanda individual.**
  - 3.2. **Contenido de la demanda individual (art. 47 Rgto.). Modo de presentación (arts. 40 Conv. y 55-74 Rgto.).**
  - 3.3. **Admisibilidad: Requisitos, decisión y procedimiento.**
  - 3.4. **Inhibición a favor de la Gran Sala. Medidas provisionales. Inhibición (art. 30 Conv.).**
  - 3.5. **Los acuerdos o arreglos amistosos (art. 39 Conv. y 62 Regl.).**
  - 3.6. **La Sentencia (arts. 28, 42 y 44 Conv. y arts. 74-81 Regl.). La Sentencia piloto.**
  - 3.7. **La posible remisión a la Gran Sala (art. 43 Conv y art. 73 Regl.).**
  - 3.8. **Demandas de interpretación y revisión de las sentencias (arts. 79-80 Regl.).**
  - 3.9. **Ejecución de las sentencias (art. 46 Conv. y 94-99 Regl.); satisfacción equitativa y condena en gastos y costas procesales (art. 41 Conv.).**

4. LOS RECURSOS ANTE EL TJUE.
  - 4.1. **Recurso de anulación.**
  - 4.2. **Recurso por omisión.**
  - 4.3. **La excepción de ilegalidad.**
  - 4.4. **Cuestión prejudicial de validez.**
  - 4.5. **El control previo de acuerdos internacionales.**
  - 4.6. **Responsabilidad extracontractual.**
  - 4.7. **Recurso por incumplimiento.**
  - 4.8. **Recurso prejudicial.**
5. CUESTIONES PROCEDIMENTALES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (TJ).
  - 5.1. **Derechos y obligaciones de los agentes, asesores y abogados (arts. 43-47 RProc.).**
  - 5.2. **Notificaciones y plazos (arts. 48-52 RProc.).**
  - 5.3. **Fase escrita (arts. 57-58 RProc.).**
  - 5.4. **Ordenación del proceso y la prueba (arts. 71-75 RProc.).**
  - 5.5. **Fase oral del procedimiento (arts. 76-85 RProc.).**
  - 5.6. **Cuestiones prejudiciales (arts. 93-114 RProc.).**
  - 5.7. **Sentencia (arts. 86-92 RProc.).**
  - 5.8. **Las costas (arts. 137-146 RProc., sobre todo).**
  - 5.9. **Acuerdo amistoso, desistimiento y sobreseimiento (arts. 147-150 RProc.).**

ANEXOS.

BIBLIOGRAFÍA.

ANEXO: SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA EUROPEA RECIENTE EN MATERIA MIGRATORIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES (TJUE Y TEDH).

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las prioridades principales de la Unión Europea, expresada en el Programa de Estocolmo (2010-2014), es el desarrollo de una Europa de los ciudadanos en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

El Consejo Europeo considera que el reto para los próximos años es el de asegurar el respeto de los derechos y las libertades fundamentales y la integridad de las personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa. Las acciones, que deben emprenderse en esa dirección, expuestas en el citado Programa de Estocolmo, entre otras, son las de *«fomentar la ciudadanía y los derechos fundamentales así como consolidar los mecanismos que faciliten el acceso a la justicia europea»*.

Para garantizar una correcta y completa aplicación del Derecho de la Unión Europea resulta indispensable que todos los operadores jurídicos cuenten con un sólido conocimiento de tal orde-

namiento. Los avances sólo podrán alcanzarse con la mejor formación de los ciudadanos y los profesionales en el conocimiento del Derecho de la Unión, formación que ha de ser capaz de crear confianza en una verdadera justicia europea. En ese sentido, el Programa de Estocolmo aspira a que en 2015 un «*número importante de profesionales haya tomado parte en un programa de formación europeo o en un programa de intercambio con otro Estado miembro...»*.

La precariedad actual en el desarrollo de esa reclamada cultura jurídica europea se constata observando los pocos casos que se tramitan ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por la vía prejudicial), pese al elevado número de expedientes que se plantean ante la Comisión Europea por la incorrecta interpretación y aplicación de las normas europeas por los Estados miembros. En el caso español, la escasez de solicitudes de pronunciamientos prejudiciales es elevada, si se comparan con las solicitudes procedentes de Alemania, Francia, Italia, etc. No puede admitirse que un conjunto normativo que incide en cerca del 80% del ordenamiento jurídico interno sea desconocido o deficientemente conocido por los operadores jurídicos.

El estudio del Derecho de la Unión Europea debe integrarse en la formación estatal en las diversas ramas jurídicas, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. En estos momentos ya no basta con el conocimiento (somero o profundo) de las Instituciones de la UE; es preciso ahondar en todo el complejo fenómeno jurídico que representa este derecho, revisando el pre-derecho, el derecho y la aplicación del derecho.

El Juez nacional, como expresa la Comunicación de la Comisión COM (2011) 551, debe convertirse en la auténtica avanzadilla del Derecho de la Unión. Pero, además de la formación de los jueces en esta materia, resulta imprescindible que todos los profesionales de la justicia estén capacitados para la aplicación eficaz y real del Derecho de la Unión, para una defensa efectiva de los derechos de los ciudadanos y de las empresas, contribuyendo a mejorar el funcionamiento del mercado interior y a que, en definitiva, los ciudadanos ejerzan sus derechos con plenas garantías.

En ese sentido parece adecuado abordar la formación en torno a la esencia del acervo de la Unión, comprendiendo derecho material y procesal, los instrumentos de la cooperación judicial y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, al mismo tiempo que se desarrolla la formación especializada en las diferentes áreas o sectores en Derecho de la Unión Europea, en nuestro caso especialmente en el Derecho Migratorio de la Unión Europea<sup>(1)</sup>.

Por otra parte, la adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, expresamente prevista en el art. 6, 2.º, del Tratado de la Unión Europea, vigente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, exige incluir en esa reclamada formación el análisis del TEDH y su jurisprudencia.

El Dossier que presentamos aborda el aspecto del derecho europeo en su vertiente de actuación procesal ante los dos principales Tribunales Europeos, el TJUE y el TEDH. Para ello examinará de forma sintética la creación, competencias y la regulación jurídica de ambos Tribunales, así como la actuación ante los mismos, fundamentalmente en el aspecto procedimental de recursos existentes, recogiendo la Jurisprudencia más notable elaborada por ambos tribunales. Se completará el Dossier con varios Esquemas: normativo, de recursos y de procedimientos y la Bibliografía española y europea existente en la materia.

---

(1) Desde el año 2011 se viene desarrollando por el Seminario Intermigra, dentro del Programa de Cursos de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza, un curso de especialización en «Derecho Migratorio de la Unión Europea» que aborda el derecho material y procesal. Para una mayor información ver la Web del Curso en <<http://www.intermigra.info/virtex/>>.

2. LOS TRIBUNALES EUROPEOS: EL TJUE Y TEDH. UN POCO DE HISTORIA

CONSEJO DE EUROPA	UNIÓN EUROPEA
<ul style="list-style-type: none"> <li>— Creación en la Convención Europea de DH de 1950</li> <li>— Enero 2013: 47 Estados miembros</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Creación en 1951 (T. CECA)</li> <li>— T. CEE y CEEA (1957)</li> <li>— Tratado UE (Maastricht 1992)</li> <li>— Tratado Lisboa (2007)</li> <li>— Enero 2013: 27 Estados miembros</li> </ul>
<p><b>Instituciones</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Asamblea Parlamentaria</li> <li>— Comité de Ministros del Consejo de Europa</li> <li>— Secretario General del Consejo de Europa</li> <li>— <b>Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo)</b></li> </ul>	<p><b>Instituciones</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Consejo Europeo</li> <li>— Consejo de la UE (Consilium)</li> <li>— Parlamento Europeo</li> <li>— Comisión</li> <li>— <b>Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo)</b></li> <li>— Tribunal de Cuentas</li> <li>— Banco Central Europeo</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ TUE</li> <li>✓ TFUE</li> <li>✓ Carta Derechos Fundamentales UE</li> </ul>

*Esquema: Consejo de Europa y Unión Europea*

**2.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**

El 4 de noviembre de 1950 se adoptaba en Roma el Convenio o Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en el seno del Consejo de Europa<sup>(2)</sup>.

La Organización Internacional que denominamos Consejo de Europa, cuya sede se halla en Estrasburgo (Francia), cuenta en 2013 con 47 Estados miembros, todos ellos a su vez partes en la Convención de Roma; según el art. 3 del Estatuto creador del Consejo de Europa<sup>(3)</sup>, los Estados partes reconocen «el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual **cualquier persona** que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

(2) Es preciso diferenciar el Consejo de Europa de las instituciones de la UE: En el primero tenemos una Asamblea Parlamentaria, un Comité de Ministros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por el contrario, en la UE tenemos las siete Instituciones citadas. Además hemos de contar con los órganos y los organismos o Agencias (por ejemplo, la Agencia de la UE para los Derechos Fundamentales).

(3) Adoptado en Londres el 5 de mayo de 1949. La información del Consejo de Europa (en francés e inglés) puede verse: la general en <<http://www.coe.int/>>; la relativa a la Convención, a sus protocolos adicionales y a todos los tratados internacionales firmados en el seno del Consejo de Europa en <<http://conventions.coe.int/>>; la referente al TEDH en <<http://www.echr.coe.int/>>.

Se configuraba de esta forma en el Consejo de Europa el sistema europeo de protección internacional de los Derechos Humanos, con los cinco elementos atribuibles a cualquier sistema: Una Organización Internacional, un tratado de protección de Derechos Humanos (después completado por protocolos), un catálogo o lista de derechos protegidos, un órgano de protección y varios procedimientos de protección, fundamentalmente las demandas de un particular contra un Estado o de un Estado contra otro Estado.

Precisamente el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)** es el órgano de protección del catálogo de derechos establecido por la citada Convención Europea. La Convención ha sido completada y modificada hasta el momento con 15 Protocolos adicionales<sup>(4)</sup>. Es necesario tener presente que un Estado puede ser parte en la Convención y no serlo en todos los protocolos adicionales; en ese supuesto, el TEDH podrá juzgar los actos de ese Estado tan sólo respecto a la Convención y a los Protocolos que le obliguen (por haberlos ratificado o haberse adherido a ellos).

La primera reforma en profundidad del sistema europeo de protección de Derechos Humanos se producía el 1 de Noviembre de 1998; la entrada en vigor del Protocolo Adicional núm. 11 suponía la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, la reestructuración de las competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos y la judicialización del sistema mediante el reforzamiento de las competencias del TEDH, desde esa fecha único órgano de protección.

La segunda reforma en profundidad del TEDH se producía con la entrada en vigor el 1 de junio de 2010 del Protocolo Adicional núm. 14<sup>(5)</sup>. Con ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos veía modificada su estructura y profundamente revisada la distribución de sus competencias entre sus diferentes formaciones<sup>(6)</sup>.

Dice el art. 19 de la Convención: «Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado “el Tribunal”. Funcionará de manera permanente». Por tener su sede en la capital de Alsacia, se le suele denominar «el Tribunal de Estrasburgo».

El TEDH se compone de tantos jueces como Estados partes en la Convención, o sea de 47 en estos momentos. Los arts. 21-23 regulan las condiciones de elección, su forma, etc. Su mandato es de nueve años y no pueden ser reelegidos.

En este Dossier realizaremos una aproximación procedimental a la demanda individual. Para ello revisaremos primero las actuales formaciones del TEDH y sus diferentes competencias y nos centraremos después en el estudio de la demanda individual.

### **2.2. Las actuales formaciones del TEDH y sus competencias**

Veremos ahora las distintas formaciones del Tribunal en su configuración actual, así como las competencias de cada una de ellas. Nos encontramos en esta materia con una diferencia entre la Convención Europea y el Reglamento del mismo Tribunal:

- 1.<sup>a</sup> Si leemos únicamente los arts. 25-26 de la Convención, las formaciones jurisdiccionales actuales del Tribunal son (por orden descendente) las cinco siguientes: Pleno, Gran Sala, Sala, Comité y Juez único.

---

(4) Teniendo en cuenta el Protocolo 14 bis.

(5) Ver CONSEIL DE L'ÉUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme: Un travail continu*, Estrasburgo, 2009.

(6) Para evaluar la situación actual es preciso consultar el actual Reglamento del TEDH, de 1 de septiembre de 2012, cuyo texto puede verse en: <<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/Other+texts/Rules+of+Court/>>. Ver además el Addendum al Reglamento, de 1 de julio de 2009.

2.<sup>a</sup> Pero, si acudimos al Reglamento del Tribunal, deberemos hablar de seis formaciones; a las cinco enunciadas anteriormente deben sumarse las llamadas «Secciones», reguladas en el Reglamento inmediatamente después de la Gran Sala. Estas Secciones, como veremos, son en realidad formaciones de funcionamiento temporal de las Salas<sup>(7)</sup>; las primeras serán las Secciones mientras las segundas serán las Salas en sentido propio. Art. 25 RGto.: «Las Salas previstas en el art.25 b) de la Convención (y denominadas —secciones— en el presente reglamento)...».

3.<sup>a</sup> Completando el panorama, aún deberíamos referirnos a una séptima formación, el llamado «Colegio de cinco Jueces», previsto en el art. 43, 2.º, de la Convención, que decide si la Gran Sala admite o inadmite un caso remitido por una de las partes.

En todo caso, el art. 1, h), del Reglamento señala que el término «Tribunal» designa indistintamente al Pleno del Tribunal, la Gran Sala, una Sección, una Sala, un Comité, un Juez único o el colegio de cinco Jueces mencionado en el art. 43, 2.º, de la Convención. En otros términos, los actos de cualquiera de estas formaciones del Tribunal (incluida la formación administrativa de las Secciones) son actos del TEDH en sentido propio.

**FORMACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)**

Convención	RGto. TEDH	Convención
Arts. 25 y 26	Art. 25	Art. 43.2
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pleno</li> <li>• Gran Sala</li> <li>• Sala</li> <li>• Comité</li> <li>• Juez único</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Secciones</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Colegio de cinco Jueces de la Gran Sala</li> </ul>

La nueva formación de **Juez único** ofrece sin duda interesantes perspectivas. Según el Reglamento<sup>(8)</sup>, es nombrado por el Presidente del Tribunal para un período de 12 meses, mediante rotación; estará asistido en sus funciones por ponentes no judiciales. El Juez único puede declarar inadmisibles una demanda individual o decidir su archivo, cuando tal decisión pueda adoptarse sin un examen complementario; además esta resolución es definitiva, realizando así una primera e importante labor de filtrado. Si no procede a la declaración de inadmisibilidad ni al archivo, debe enviar la demanda a un Comité o a una Sala para que éstos realicen ese examen complementario (art. 27 de la Convención). Para salvaguardar la imparcialidad procesal, ningún Juez único puede examinar una demanda dirigida contra un Estado en cuya representación fue elegido.

La expresión «**Comité**» designa una formación de tres jueces, constituida por una Sala, para un período determinado, en aplicación del art. 26, 1.º, de la Convención<sup>(9)</sup>. Las competencias de los Comités han sido ampliadas, como se deduce del vigente art. 28 de la Convención. El Comité puede declarar inadmisibles o archivar una demanda individual; pero un Comité puede declararla admisible (total o parcialmente) y en ese caso también puede dictar a la vez una sentencia sobre el fondo de un caso, si la cuestión subyacente al caso ya ha dado lugar a jurisprudencia bien establecida del Tribunal.

(7) Las Salas [a las que se refiere el art. 25, b), de la Convención] no son las mismas que las reguladas en el art. 26 y ss. Ver pár. 60 del Informe Explicativo.

(8) Art. 27 A.

(9) Art. 1, f), del Reglamento.

Es preciso destacar que «las decisiones y sentencias dictadas (por el Comité) en virtud del párrafo 1 serán definitivas» (art. 28, 2.º, de la Convención). Por ello, no podrán recurrirse ya ni a una Sala ni a una Gran Sala; efectivamente el art. 43, 1.º, de la Convención señala que un asunto podrá ser remitido a la Gran Sala «en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala». Al no incluir las sentencias del Comité y declararlas definitivas el citado art. 28 de la Convención, adquieren esta especial fuerza.

Las **Salas**, las formaciones ordinarias del TEDH, están formadas por 7 miembros<sup>(10)</sup>. Es la Sala la que constituye los Comités de 3 miembros, para que actúen durante un período determinado. Si la demanda ha sido admitida y no ha existido sentencia en la fase del Comité, el asunto pasa a una Sala, que vuelve a examinar la admisibilidad y el fondo, ahora de modo conjunto. La Sala dispone de cuatro opciones:

- 1.ª Declarar la inadmisibilidad total del caso
- 2.ª Decidir su archivo;
- 3.ª Dictar sentencia (siempre que haya declarado el caso al menos parcialmente admisible). Las sentencias de las Salas serán recurribles ante la Gran Sala en el plazo de 3 meses.
- 4.ª Inhibirse a favor de la Gran Sala (de acuerdo con el art. 30 de la Convención).

Con el nombre de **Sección** designamos una Sala especial constituida por el Pleno del Tribunal por un período determinado, valiéndose de la posibilidad que el art. 25, b), de la Convención le otorga al citado Pleno<sup>(11)</sup>. El art. 25 del Reglamento afirma que las Secciones se constituyen por tres años. A comienzos de 2013 existen cinco secciones, formadas cada una por 9 ó 10 jueces, aplicando criterios de equilibrio geográfico y lingüístico, teniendo presentes los diferentes sistemas jurídicos europeos y la representación de los dos sexos<sup>(12)</sup>.

Según indica expresamente el Informe Explicativo del Protocolo Adicional núm. 14, al introducir las secciones «no se juzgó necesario enmendar la Convención con el fin de clarificar esta distinción». El mismo Informe califica a las Secciones como «entidades administrativas del Tribunal»<sup>(13)</sup>.

Por lo tanto, las Secciones no pueden ser calificadas como formaciones jurisdiccionales del Tribunal en un sentido estricto, pero cumplen unas funciones y tienen una posición en el organigrama de dicho órgano judicial<sup>(14)</sup>. Porque, en definitiva, son las secciones las que deciden la configuración de cada Sala.

El **Colegio de cinco Jueces de la Gran Sala** sí está expresamente regulado en la redacción actual de la Convención. El art. 43, 2.º, del texto convencional señala que dicho Colegio «de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general». La misma norma observa que «si el Colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia», debiendo interpretarse *a sensu contrario* que el Colegio tiene la última palabra en la fase de admisibilidad ante la Gran Sala. Se trata pues de una formación que depende de la Gran Sala, realizando un trabajo preventivo de filtrado a favor de ésta.

---

(10) Salvo que se ponga en funcionamiento el mecanismo de reducción de su número a 5.

(11) Art. 1, d), del Reglamento.

(12) Ver Josep CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 82.

(13) El Informe Explicativo puede verse en <<http://conventions.coe.int>>, en el apartado dedicado al Protocolo Adicional núm. 14; cita en el párrafo 60.

(14) Desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la buena técnica en derecho, hubiera sido preferible introducir las secciones en el texto convencional.

Para decidir sobre las demandas de remisión de un caso, «el Colegio no incluye ningún juez que haya participado previamente en el examen de la admisibilidad o del fondo de dicho caso» [art. 24, 5.º, b), del Reglamento].

**La Gran Sala** está formada por 17 miembros (y, al menos, 3 jueces suplentes, dice el art. 24 del Reglamento). Nos detendremos ahora en las competencias de la Gran Sala, que podemos dividir en dos bloques: Las que pueden denominarse como competencias generales y las que se le atribuyen en caso de inejecución de una sentencia.

Según el art. 31 de la Convención, la Gran Sala tiene tres grupos de competencias:

- 1.º Las demandas presentadas en virtud del artículo 33 o del artículo 34, cuando el asunto le haya sido elevado por la Sala en virtud de la inhibición prevista en el artículo 30 o cuando el asunto le haya sido remitido en virtud del artículo 43;
- 2.º Las cuestiones sometidas al Tribunal por el Comité de Ministros de conformidad con el párrafo 4 del artículo 46, cuando un Estado se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en el que sea parte; y
- 3.º Las solicitudes de opiniones consultivas, sobre la interpretación de la Convención y los Protocolos, en virtud del artículo 47.

Por tanto, de la interpretación y la aplicación simultáneas de los arts. 28 y 43 de la Convención (y del art. 73 del Reglamento) se deduce que las decisiones de archivo de un caso de un Juez único y las sentencias dictadas por los Comités son definitivas y no pueden ser remitidas a la Gran Sala. En otras palabras, a la Gran Sala sí le pueden llegar las sentencias dictadas por una Sala y no conocerá tan sólo en casos de desistimiento.

Finalmente hemos de referirnos al **Pleno del TEDH**, evidentemente formado por todos los jueces del mismo. Regulado sobre todo en el art. 25 de la Convención, el Pleno elige al Presidente y uno o dos vicepresidentes del Tribunal, constituye las Secciones, elige a los Presidentes de las Salas, etc.

En el plano puramente administrativo, pero no por ello carente de importancia real, existe la Secretaría del TEDH, dirigida por el Secretario; además cada Sección dispone de una secretaria (arts. 15-18 del Reglamento).

### 2.3. El Tribunal de Justicia de la UE

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1-12-2009) se ha producido una reestructuración de la estructura judicial. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>(15)</sup>, con sede en Luxemburgo, está integrado por tres órganos jurisdiccionales: El Tribunal de Justicia, el Tribunal General (creado en 1989, con la denominación de Tribunal de Primera Instancia) y el Tribunal de la Función Pública (creado en 2004).

En el Informe anual correspondiente al año 2010, escribe el Presidente de la institución judicial de la UE lo siguiente: «Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el año 2010 fue un año de consolidación de las reformas introducidas en el sistema jurisdiccional de la Unión mediante el Tratado de Lisboa. El procedimiento para ejecutar la más importante de dichas reformas, a saber, la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, se inició este mismo año. El Tribunal de Justicia ha seguido y continuará siguiendo de cerca la evolución de la aplicación de dicho procedimiento.

Asimismo, 2010 marcará los anales por la eficacia y el ritmo particularmente sostenido de la actividad judicial de la Institución. Cabe destacar, a este respecto, que se ha interpuesto un total de

---

(15) Damos ahora una visión inicial, a completar en el apartado 4 de este Dossier.

1.406 asuntos ante los tres órganos jurisdiccionales que componen el Tribunal de Justicia, lo que representa la cifra más elevada en la historia de la Institución y demuestra el aumento constante del volumen del contencioso de la Unión. Además, merece igualmente ser reseñada la disminución global de la duración de los procedimientos, disminución harto significativa concretamente en los asuntos prejudiciales»<sup>(16)</sup>.

### ÓRGANOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE)

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>– Tribunal de Justicia (TJ)</li><li>– Tribunal General (TG)</li><li>– Tribunal de la Función Pública (TFPUE)</li></ul> |
|--|

### COMPETENCIAS TJUE

**Art. 19 TUE:** Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

El TJUE se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

- a) sobre los recursos interpuestos por un Estado Miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;
- b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;
- c) en los demás casos previstos por los Tratados.

**Art. 276 TFUE:** En el ejercicio de sus atribuciones respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia, el TJUE no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado Miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados Miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior. Los Estados Miembros se reservan completamente esas competencias.

También tiene el TJUE limitaciones importantes cuando se trate de asuntos de la **PESC**:

**Art. 275 TFUE:** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas.

Sí lo es en la PESC sobre el control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

---

(16) Texto en <<http://curia.europa.eu/jcms/Jo2-7000/>>. El Informe correspondiente a 2011 señala: «Para los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, 2011 fue, ante todo, un año marcado por la intensidad de la actividad jurisdiccional. Con 1.569 asuntos interpuestos y 1.518 asuntos terminados, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es testigo de que el contencioso presentado y resuelto ante sus tres órganos jurisdiccionales se incrementa de forma notable» (p. 1).

2.3.1. *El Tribunal de Justicia (TJ)*

A) COMPOSICIÓN:

- Art. 19 TUE: El más importante de los órganos del TJUE es el Tribunal de Justicia en sentido estricto, está formado por 27 Jueces o, si varía el **número de Estados miembros**, por tantos jueces como Estados, más 8 Abogados Generales.
- Jueces y Abogados Generales son elegidos por el Consejo, previa selección realizada por el comité previsto en el art. 252 TFUE.
- **Abogados Generales (AG)** asisten al Tribunal de Justicia.
- Son una figura similar a la del Comisario del Gobierno en el Consejo de Estado francés, que carece de figura similar en el Derecho español.
- Función: presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, según el Estatuto del TJUE, requieran su intervención (art. 252 TFUE). Sobre esas conclusiones trabaja el TJ, aceptando o no su contenido.
- Mandato de Jueces y Abogados Generales es de 6 años, renovable. Renovación parcial cada 3 años.
- El Consejo, por unanimidad, puede incrementar el número de Abogados Generales, si el TJ lo solicitare (art. 252 TFUE).
- Cada año el TJ designa un primer Abogado General, que distribuye los asuntos entre todos ellos.
- Las conclusiones de los AG también se publican en el Repertorio de Jurisprudencia del TJUE.
- A veces la propuesta es seguida por el TJ, a veces es rechazada, pero el Abogado General ya ha avanzado mucho.
- Además los AG realizan otro tipo de funciones, sin duda menos relevantes que sus conclusiones.
- EL TJ tiene un **Secretario** que dirige el personal de la Secretaría y es también Secretario General de la institución; depende del Presidente del Tribunal.
- Los Jueces, los Abogados Generales y el Secretario deberán residir en la localidad en la que el Tribunal de Justicia tenga su sede, o sea LUXEMBURGO

B) ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

- El Tribunal de Justicia funcionará de modo permanente. La duración de las vacaciones judiciales será fijada por el Tribunal de Justicia, habida cuenta de las necesidades del servicio.
- Puede reunirse en Pleno, en Gran Sala (trece Jueces) o en Salas de cinco o tres Jueces.
- Actúa en Pleno en casos excepcionales previstos en su Estatuto (en particular, cuando deba destituir al Defensor del Pueblo o declarar el cese de un Comisario europeo que haya incumplido sus obligaciones) y cuando considere que un asunto reviste una importancia excepcional.
- Se reúne en Gran Sala cuando así lo solicita un Estado miembro o una institución que sea parte en el procedimiento, y para los asuntos particularmente complejos o importantes.
- El resto de los asuntos se examinan en Salas de cinco o tres Jueces. Los Presidentes de las Salas de cinco Jueces son elegidos por tres años y los de las Salas de tres Jueces por un año
- Trabaja con las 23 lenguas oficiales de la UE, aunque en cada asunto se elige una lengua de procedimiento.

### 2.3.2. *El Tribunal General*

Antiguo Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia, ahora es la instancia judicial intermedia de la institución (TJ-TG-TFUE).

El Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instancia fue creado en 1988, sobre todo para reducir volumen de trabajo del TJ. Modificado en Niza en 2000, se integró entonces en la institución.

**Hoy el Tribunal General** dispondrá al menos de un juez por Estado miembro (27 desde 2007), art. 254 TFUE. Su número puede incrementarse si es necesario. Además tiene su propia Secretaría y un pequeño equipo de funcionarios adscritos a ella.

Interesa consultar el **Reglamento de Procedimiento del TG**:

- Los Jueces son nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados Miembros, previa consulta a un comité encargado de emitir un dictamen sobre la idoneidad de los candidatos.
- Igual procedimiento de designación que el de los jueces del TJ.
- Su mandato es de seis años con posibilidad de renovación.
- Los Jueces designan entre ellos, por 3 años, a su Presidente.
- Carece de Abogados Generales permanentes, pero excepcionalmente puede confiarse esta tarea a un juez.
- Actúa en salas compuestas por 3 ó 5 Jueces o, en determinados casos, en formación de Juez único.
- Puede reunirse en Gran Sala (13 Jueces) o en Pleno (complejidad jurídica o importancia del asunto)

**COMPETENCIAS: se incrementan en el Tratado de Lisboa:**

- 1.<sup>a</sup>) Recursos de personas físicas o jurídicas contra actos de Instituciones, órganos y organismos UE (deben ser destinatarias de actos o afectarles directamente), contra actos reglamentarios o por inacción de instituciones.
- 2.<sup>a</sup>) Recursos de los Estados Miembros contra la Comisión;
- 3.<sup>a</sup>) Recursos de los Estados Miembros contra el Consejo, sobre todo en ayudas de Estado y medidas de defensa comercial («dumping»).
- 4.<sup>a</sup>) Recursos para obtener reparación de daños causados por las instituciones de la UE o sus agentes;
- 5.<sup>a</sup>) Recursos basados en contratos celebrados por la UE que prevean expresamente la competencia del TG;
- 6.<sup>a</sup>) Recursos en materia de marca UE;
- 7.<sup>a</sup>) Recursos de casación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de la Función Pública UE.
- 8.<sup>a</sup>) Otros recursos (contra Oficina de Variedades Vegetales y Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos).

Las Sentencias del TG pueden ser objeto de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.  
Plazo: en 2 meses.

**Tribunales Especializados:**

- Art. 257 TFUE: El Parlamento Europeo y el Consejo, por el procedimiento legislativo ordinario, podrán crear tribunales especializados adjuntos al TG, encargados de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas.
- Pueden crearlos mediante Reglamentos.
- El reglamento por el que se cree un tribunal especializado fijará las normas relativas a la composición de dicho tribunal y precisará el alcance de las competencias que se le atribuyan.
- Contra las resoluciones dictadas por los tribunales especializados podrá interponerse ante el TG **recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho** o, cuando el reglamento relativo a la creación del tribunal especializado así lo contemple, **recurso de apelación referente también a las cuestiones de hecho**.

2.3.3. *El Tribunal de la Función Pública (TFPUE)*

- Dentro de los Tribunales especializados, en aplicación del art. 257 TFUE, hasta ahora únicamente se ha creado el TRIBUNAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA UE (TFPUE). Creado por la Decisión 2004/752/CE, Euratom, del Consejo, 2-Nov-2004; el Tratado de Lisboa deroga esta Decisión y lo inserta en la institución TJUE.
- Compuesto por 7 Jueces nombrados por el Consejo por 6 años, previa consulta a un comité de 7 personalidades.
- Actúa en salas de 3 Jueces o en pleno. Ellos eligen al Presidente.
- Tiene una Secretaría, pero no dispone de personal administrativo propio, que le es prestado por las otras dos formaciones jurisdiccionales.
- Tiene su propio Reglamento de Procedimiento (de 1 de Julio de 2011), que se inspira sobre todo en el del Consejo de Estado francés.

**COMPETENCIAS:**

- 1.ª) Es el órgano especializado en el contencioso de la función pública de la UE. Conoce en 1.ª instancia de litigios entre la UE y sus agentes (270 TFUE) unas 35.000 personas. Son sobre todo las cuestiones laborales, relativas a las retribuciones, la carrera funcionarial, contratación, medidas disciplinarias, etc., y otras cuestiones relativas al régimen de seguridad social.
- 2.ª) Litigios entre cualquier órgano u organismo UE y su personal, por ejemplo el personal de la Oficina Europea de Policía (Europol), el personal de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) o el Banco Europeo de Inversiones y sus agentes.

Intenta una solución amistosa entre demandante y demandado (instituciones, órganos y organismos o Agencias, ver los arts. 68-70 de su Reglamento de Procedimiento).

Las Resoluciones dictadas por el Tribunal de la Función Pública pueden ser objeto, en un plazo de dos meses, de un recurso de casación ante el Tribunal General limitado a las cuestiones de Derecho (arts. 112-115 de su Reglamento de Procedimiento).

2.3.4. *Estatuto de los miembros del TJUE*

- Son personalidades «que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas fun-

ciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia» (art. 253 TFUE)<sup>(17)</sup>.

- Ejercerán sus funciones con toda imparcialidad y en conciencia y no violarán en modo alguno el secreto de las deliberaciones.
- Los Jueces no podrán ejercer ninguna función política o administrativa ni ninguna actividad profesional, retribuida o no.
- Prestan juramento o promesa al asumir el cargo.
- Los Jueces y Abogados Generales tienen un estatuto jurídico similar, lógicamente diferenciado por sus funciones, que son muy distintas.
- Jueces y Abogados Generales gozan de inmunidad de jurisdicción. Siguen con ella tras terminar sus funciones por todos los actos realizados con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales y escritas. El Pleno del TJ podrá levantar la inmunidad.
- Además ha de tenerse presente el Código de Conducta establecido por el TJUE en 2007, que completa el Estatuto y el Reglamento de Procedimiento.
- Dedicación exclusiva al TJ. Sólo pueden realizar otras actividades con previa autorización del TJ.
- Los miembros se abstendrán de formular, fuera del TJ, cualquier comentario que pueda dañar la reputación de éste o interpretarse como una toma de posición del TJ en debates que sobrepasen el ámbito de su papel institucional.
- No aceptarán obsequios, sea cual sea su naturaleza, que pueda poner en entredicho su independencia.
- En el momento de su entrada en funciones, los miembros remitirán al Presidente del Tribunal de Justicia una declaración sobre sus intereses económicos.
- Tras su cese, los miembros seguirán estando sometidos al deber de discreción. Se comprometerán a no participar:
  - 1.º en asuntos que estuvieran pendientes ante el órgano jurisdiccional al que pertenecían en la fecha de su cese, o
  - 2.º en asuntos relacionados de un modo directo con otros en los que hubieran intervenido como Juez o AG, aunque estos últimos estuvieran cerrados;
  - 3.º igualmente a no participar, durante los tres años siguientes a la fecha de su cese, como representantes de las partes, ya sea por escrito o presentando alegaciones orales, en asuntos sometidos a los Tribunal UE.

#### 2.4. La adhesión de la UE a la Convención Europea de DH

Estudiaremos ahora, dado su gran interés y actualidad, la adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Por parte del Consejo de Europa la posición sobre la adhesión es diáfana: El art. 59 de la Convención, tras la profunda modificación operada por la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 14, ha añadido un párrafo 2.º, en el cual se lee: «La Unión Europea podrá adherirse a la presente Convención».

---

(17) Ver F. J. SOSPEDRA NAVAS, «Las bases mínimas del estatuto del juez europeo y su proyección en el ámbito comparado e interno», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 44, Octubre-Diciembre 2012, pp. 9 y ss.

Esta posibilidad se abre para adecuar el desarrollo de los Derechos Humanos en la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos. Ello no significa que no se precisen ciertas modificaciones de la Convención. Desde el punto de vista formal, tales modificaciones pueden realizarse bien mediante un nuevo protocolo adicional a la Convención, bien a través de un tratado entre la UE, por un lado, y los Estados partes en la Convención, por otro.

Por parte de la Unión Europea la posición actual no es menos nítida: La adhesión se halla prevista en el art. 6, 2.º, del Tratado de la Unión Europea, vigente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; esta norma, además de preverla, indica que la adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados»; recogiendo la situación jurisprudencial (defendida desde hace años por el Tribunal de Justicia de la UE), el art. 6, 3.º, del Tratado de la Unión Europea observa que «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, formarán parte del Derecho de la Unión Europea como principios generales»<sup>(18)</sup>.

Comenzadas las negociaciones en 2010 entre la UE y el Consejo de Europa, se llegaba a un texto al año siguiente<sup>(19)</sup>. Entre las ventajas de la adhesión de la UE a la Convención o Convenio Europeo de DH destacaremos las siguientes:

- 1.ª La adhesión constituye un avance en el proceso de integración europea e implica un paso más hacia la Unión política.
- 2.ª La adhesión a la CEDH brindará a los ciudadanos una protección frente a actos de la Unión análoga a la protección de que ya disfrutaban actualmente frente a todos los Estados miembros; esto es tanto más pertinente cuanto que los Estados miembros han transferido a la Unión importantes competencias;
- 3.ª La armonización legislativa y jurisprudencial en materia de derechos humanos entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y de la CEDH contribuirá a un desarrollo armonioso de los dos tribunales europeos competentes en derechos humanos, habida cuenta especialmente de la mayor necesidad de diálogo y cooperación, y creará un sistema integral en el que ambos tribunales actuarán en sintonía, y
- 4.ª La adhesión compensará en cierta medida el hecho de que el ámbito de competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentra algo limitado en los asuntos de política exterior y de seguridad y en política policial y de seguridad, asegurando una útil supervisión judicial externa de todas las actividades de la Unión.

Desde la perspectiva procesal conviene recordar que la adhesión implica que la UE se someterá a un control de convencionalidad de sus acciones directas e indirectas. Pero, para que se pueda presentar una demanda individual contra la propia UE, será preciso que el particular haya cumplido antes el requisito del agotamiento de los recursos internos, exigido por el art. 35, 1.º, de la Convención; o sea, el particular deberá acudir al Tribunal General (o, en su caso, al Tribunal de la Función Pública) y después al Tribunal de Justicia de la UE. De esta forma el control interno será efectuado por el Tribunal de Justicia de la UE, respetando por tanto la subsidiariedad.

---

(18) El proyecto de Instrumento jurídico para la adhesión de la UE a la Convención de Roma puede verse en su versión provisional en CDDH\_UE(2011)16prov.

(19) Versión definitiva del proyecto de los instrumentos jurídicos de la adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos, doc. CCDH-UE (2011) 16, *Projet d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, <www.coe.int>.

### 3. LA ACTUACIÓN PROCESAL ANTE EL TEDH EN LA DEMANDA INDIVIDUAL

#### 3.1. Panorámica. El *iter* procedimental de una demanda individual

Las demandas ante el citado TEDH pueden ser presentadas por uno o varios Estados partes contra otro Estado igualmente parte en la Convención o por un particular, un grupo de particulares o una entidad no gubernamental contra uno o varios Estados partes en dicho tratado internacional.

Las primeras son por tanto las demandas interestatales (art. 33 de la Convención), siempre escasas en número. Las segundas (las que nos interesan ahora) son las demandas individuales contra uno o varios Estados (art. 34 de la Convención), presentadas por miles cada año<sup>(20)</sup>. En todo caso, el demandado siempre debe ser uno o varios Estados y el demandante nunca puede ser un órgano de un Estado contra el mismo Estado (por ejemplo, no puede demandar un ayuntamiento español o una Comunidad Autónoma a España).

Mediante la demanda individual, se puede llevar a un Estado ante un tribunal internacional; se puede llevar incluso al Estado del que sea nacional. Luego estamos ante un mecanismo muy diferente al mecanismo clásico de la protección diplomática, ejercida por un Estado contra otro<sup>(21)</sup>.

En la Convención Europea el acceso del individuo se encontraba, sin embargo, mediatizado hasta 1998 por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que examinaba en primer término las demandas<sup>(22)</sup>; desde esa fecha (desaparecida la Comisión) el acceso no solamente es directo sino también automático.

En la actualidad, el art. 34 de la Convención afirma textualmente: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

El art. 35 del mismo texto recoge las condiciones o requisitos para admitir una demanda; estamos ante requisitos en su mayor parte generalizados en cualquier sistema internacional de Derechos Humanos, que veremos después.

Expondremos ahora el *iter procedimental* o los pasos a dar procedimentalmente por una demanda individual. En su estudio es preciso contar sobre todo con las normas convencionales y las del Reglamento del TEDH<sup>(23)</sup>. El *iter* procedimental (necesariamente sintético) está estructurado en 18 pasos y va desde la determinación de la subjetividad activa y pasiva hasta la ejecución de las sentencias.

---

(20) Cuando se produzca la adhesión de la UE, cabrán asimismo demandas de particulares contra la UE, de la misma UE contra un Estado y de un Estado contra la UE.

(21) *Loizidou c. Turquía* (controversia Chipre. Gran Sala 2001 núm. 25781/94). *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (controversia Uzbekistán).

(22) En aquellos momentos, si la Comisión no alcanzaba un arreglo amistoso, podía llevar el asunto bien ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa (órgano entonces cuasijurisdiccional) o bien ante el TEDH.

(23) Cuando nos referimos al Reglamento del TEDH, estamos hablando de la versión en vigor desde el 1 de septiembre de 2012, cuyo texto puede verse en inglés y francés en <<http://www.echr.coe.int>>; también puede verse el ADDENDUM AL REGLAMENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE CIERTAS DISPOSICIONES DEL PROTOCOLO núm. 14 (de 1 de julio de 2009), así como las Instrucciones prácticas sobre medidas provisionales, la presentación de la demanda, las observaciones escritas, la satisfacción equitativa (art. 41 Convención), el envío electrónico seguro de documentos y el anonimato. Consultar C. MORTE GÓMEZ, *¿Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

**1) SUBJETIVIDAD ACTIVA (demandantes) Y PASIVA (demandados)**

**A) SUBJETIVIDAD ACTIVA (art. 34 Conv.):**

- a) Persona física<sup>(24)</sup>.
- b) Grupo de personas (formen un ente o no lo formen).
- c) Organización no gubernamental.
- d) Siempre que se considere víctima de la violación de un derecho protegido en la Convención<sup>(25)</sup>.
- e) Esa violación debe atribuirse a **un Estado** parte en la Convención y debe tener lugar dentro de los límites de la Jurisdicción de ese Estado.

**B) SUBJETIVIDAD PASIVA (art. 34 Conv.):**

- a) Estados partes en la Convención.
- b) Hechos acaecidos desde su entrada en vigor para ellos (salvo que la violación no haya terminado).
- c) Es preciso consultar si el Estado demandado formuló alguna reserva a la o las normas alegadas, excluyendo su aplicación en ciertos supuestos.
- d) Si se alega un derecho protegido en un protocolo adicional, es preciso ver si ese Estado ratificó tal protocolo. Si no lo ratificó, no puede alegarse válidamente.

**3.2. Contenido de la demanda individual (art. 47 RGto.). Modo de presentación (arts. 40 Conv y 55-74 RGto.)**

- a) Datos personales del o los demandantes.
- b) Datos personales del representante.
- c) Estados/s demandado/s.
- d) Breve exposición de los hechos.
- e) Breve exposición de las normas convencionales violadas y alegaciones pertinentes.
- f) Breve exposición del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad.
- g) Objeto material de la demanda (solicitar en todo caso condena en costas).
- h) Copias que prueban el agotamiento de recursos internos.
- i) Declaración de que el caso no se ha sometido a ninguna otra instancia internacional de arreglo.

Sobre el **modo de presentación** destacaremos los siguientes aspectos:

- a) Utilización del **formulario establecido por el TEDH** en todos los idiomas oficiales de los Estados partes (idiomas oficiales de todo el Estado, no de una parte del mismo).
- b) Demanda escrita, firmada, con fecha de envío.

---

(24) En caso de oresentar la demanda a través de un representante se deberá aportar un poder de representación.

(25) La víctima no tiene que precisar el artículo vulnerado.

- c) Elección de la lengua del procedimiento en el momento de la presentación (francés o inglés; es importante dependiendo de los conocimientos del abogado).
- d) Presentación de fotocopias, no originales.

**NOTA: La demanda se envía a**

Monsieur le Greffier de la Cour Européenne des Droits de l'Homme  
CONSEIL DE L'EUROPE  
F-67075 STRASBOURG CEDES (France)

### 3.3. Admisibilidad: Requisitos, decisión y procedimiento

#### REQUISITOS (art. 35 Conv.):

- a) Agotamiento de recursos internos (incluso el amparo ante el Tribunal Constitucional, si cabe).
- b) Plazo de seis meses desde la decisión interna definitiva; plazo improrrogable ni un solo día; ojo, se trata de días naturales.
- c) Demanda no anónima (para cumplir con la exigencia de la necesaria identificación de las partes).
- d) Asunto no sometido a otro procedimiento internacional de arreglo.
- e) Demanda compatible con la Convención (para no desnaturalizar su objeto y fin).
- f) Demanda no manifiestamente mal fundada.
- g) Demanda no abusiva.
- h) Demanda en la cual el perjuicio económico no puede ser escaso (párrafo 3.º, b), o sea el particular debe haber sufrido **«un perjuicio importante»**. Para paliar el efecto negativo de esta condición o requisito, se establece una salvedad: Aun sin suponer un perjuicio importante sí pueden llegar al Tribunal los casos en los cuales, para preservar el respeto de los Derechos Humanos, se exija un examen del fondo de la demanda.
- i) Trascendencia de admisibilidad: El art. 35, 4.º, de la Convención afirma: «El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. **Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento»**.

**Nota.** Si se incumple uno solo de los requisitos, la demanda será inadmitida.

#### DECISIÓN sobre la admisibilidad:

- a) El juez único puede declarar inadmisibles o archivar una demanda si el caso no requiere examen complementario (su resolución será definitiva).
- b) Si no decide el juez único, decisión sobre admisibilidad adoptada por un Comité de tres jueces (puede estar o no estar el de la nacionalidad del Estado demandado).
- c) Para inadmisibilidad total o archivo de demanda se exige unanimidad.
- d) Admisibilidad total o parcial.
- e) Admisibilidad es revisable en cualquier momento del procedimiento.
- f) El Comité también puede sentenciar sobre el fondo, si la cuestión subyacente al caso ya ha dado lugar a jurisprudencia bien establecida del Tribunal.

**PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA DECISIÓN DE ADMISIBILIDAD**

- a) Si no ha existido decisión del Comité sobre el fondo, el caso se sustancia ante una Sala de 7 magistrados.
- b) Memorias y otros documentos depositados en la Secretaría del Tribunal son accesibles a todas las personas
- c) Demandantes individuales pueden defenderse por sí mismos, pero obviamente se aconseja abogado.
- d) Existen abogados de oficio para personas carentes de recursos.

**B) VISTA PÚBLICA:**

- a) Procedimiento escrito y oral.
- b) El procedimiento es contradictorio y público.
- c) La vista es pública, salvo excepciones.
- d) Cualquier magistrado puede preguntar a abogados, testigos, etc.

**3.4. Inhibición a favor de la Gran Sala. Medidas provisionales. Inhibición (art. 30 Conv.)**

- a) Dos hipótesis para la inhibición: El asunto plantea una cuestión grave sobre la interpretación del Convenio o uno de sus protocolos o la solución a dar al caso contradice la jurisprudencia anterior.
- b) Dos condiciones para la inhibición: La Sala no debe haber dictado sentencia y ninguna de las partes debe oponerse a la inhibición. No suele producirse.

**SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES (art. 39 Regl.)<sup>(26)</sup>**

- a) Se adoptan a solicitud de una parte o de una persona interesada o de oficio.
- b) Se solicitan solamente en circunstancias excepcionales.
- c) La solicitud debe estar motivada.
- d) En los procedimientos de extradición y expulsión es necesario indicar el día y la hora a los cuales la medida se va a aplicar.
- e) La solicitud ha de presentarse por correo postal o por fax, no por correo electrónico.
- f) Son obligatorias para los Estados partes.
- g) El Tribunal las adopta únicamente si considera que el demandante estará expuesto a un riesgo real de sufrir daños graves e irreversibles.
- h) En su caso, el Tribunal informa inmediatamente al Comité de Ministros del Consejo de Europa de las medidas adoptadas.

**3.5. Los acuerdos o arreglos amistosos (art. 39 Conv y 62 Regl.)**

Otro aspecto presente en todos los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos es la existencia del arreglo o acuerdo amistoso entre demandante y demandado. El nuevo art. 39 de la Convención (tras la entrada en vigor del Protocolo Adicional núm. 14) se dedica de modo exclusivo al acuerdo o arreglo amistoso.

---

(26) Consultar la web del TEDH, donde se incluyen otros datos sobre esta materia.

**Sobre este aspecto destacaremos que los arreglos amistosos:**

- a) Caben en cualquier fase del procedimiento.
- b) Las negociaciones para los acuerdos o arreglos amistosos son confidenciales.
- c) El acuerdo se inspirará en todo caso en el respeto de los derechos humanos.
- d) El Tribunal controla esa validez del acuerdo y su adecuación a las normas convencionales.
- e) El Tribunal adopta los términos del acuerdo como una sentencia propia y así los manda publicar (sin elementos confidenciales de las negociaciones).
- f) El Tribunal archiva el asunto.
- g) El Comité de Ministros supervisa la ejecución del acuerdo.

**3.6. La Sentencia (arts. 28, 42 y 44 Conv. y arts. 74-81 Regl.). La Sentencia piloto**

**SOBRE LA SENTENCIA:**

- a) La sentencia condena o absuelve al o a los Estados demandados.
- b) La Sentencia contiene, entre otros datos, los nombres de los jueces, de las partes y la fecha. Incluye además nombres de abogados y consejeros de las partes.
- c) En cuanto a la estructura, la Sentencia incluye los hechos, un resumen de las alegaciones de las partes, el derecho interno aplicable, los fundamentos de derecho, la parte dispositiva y, si ha lugar, la condena en gastos y costas procesales.
- d) Incluye por otro lado su adopción por unanimidad o por mayoría.
- e) Además se insertan las opiniones individuales o, si fue adoptada por mayoría, las opiniones disidentes (a veces son parcialmente concordantes y parcialmente disidentes).
- f) La publicación de las sentencias y otros documentos se produce bajo la autoridad del Secretario en el repertorio oficial.
- g) Sentencias y decisiones de inadmisibilidad son motivadas (art. 45 Conv.).
- h) Las lenguas de procedimiento son el francés o el inglés.

**SOBRE EL CARÁCTER DEFINITIVO DE LAS SENTENCIAS:**

- a) Siempre lo tienen las de la Gran Sala.
- b) También las de las Salas cuando no se han remitido a la Gran Sala o tal remisión ha sido rechazada por el colegio de cinco jueces de la Gran Sala.
- c) La sentencia definitiva se publica.

**SOBRE LA SENTENCIA PILOTO (art. 61 Regl.)<sup>(27)</sup>:**

- a) Si hay un problema estructural o sistémico o una disfunción grave en DH en un Estado parte, que ha originado o puede originar varias demandas análogas, es posible que el TEDH adopte una sentencia «piloto».

---

(27) Norma introducida en la reforma del Reglamento de 21 de febrero de 2011, en vigor desde el 1 de abril de 2011 y mantenida en el Reglamento vigente en desde 1 de septiembre de 2012. Se trata sin duda de una importante innovación, aun cuando existían importantes precedentes en la propia jurisprudencia del TEDH. El Secretario del TEDH publicaba asimismo interesantes indicaciones sobre la sentencia «piloto» en la web del órgano judicial, en el apartado de Textos de base. El Tribunal ha creado este procedimiento como método para identificar los problemas subyacentes a las violaciones repetitivas y a gran escala, que originan demandas dirigidas una y otra vez contra determinado Estado. El Tribunal, cuando se produce esa circunstancia, puede decidir aplicar a una o varias de las demandas presentadas un tratamiento prioritario según el procedimiento sumariamente descrito en este apartado. Al valerse de este procedimiento, el Tribunal no solamente decide si hay o no hay violación de un derecho protegido sino que también da al gobierno del Estado demandado indicaciones claras sobre las medidas a tomar para solucionar el problema de fondo.

- b) Antes de decidir la aplicación del procedimiento de la sentencia piloto, el TEDH invita a las partes a que presenten sus alegaciones.
- c) El TEDH decide aplicar este procedimiento de oficio o a solicitud de una de las partes.
- d) La sentencia «piloto» tiene un procedimiento prioritario en el señalamiento del orden de los casos (art. 41 Regl.).
- e) La sentencia «piloto» indica las medidas generales a adoptar por el Estado afectado para superar esa situación.
- f) La sentencia puede fijar un plazo para la adopción de esas medidas, teniendo presentes la naturaleza de las medidas exigidas por esa situación y la rapidez con la que pueden ser adoptadas.
- g) Si las partes llegan en estos casos a un acuerdo amistoso, el Estado debe declarar las medidas generales que va a adoptar en ese ámbito, tanto para los demandantes reales como potenciales.
- h) Cuando el Tribunal adopta una sentencia piloto, puede reservar la cuestión de la satisfacción equitativa para otro momento.
- i) Si el Estado demandado no se atiene a las medidas indicadas en la sentencia piloto, el Tribunal retoma los asuntos individualmente.
- j) El Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Secretario General y el Comisario de Derechos Humanos son sistemáticamente informados del procedimiento «piloto» y la sentencia «piloto»...
- k) La decisión de seguir este procedimiento, la adopción de la sentencia piloto, su ejecución y el fin del procedimiento son publicados en la web del Tribunal.

**3.7. La posible remisión a la Gran Sala (art. 43 Conv y art. 73 Regl):**

- a) Las partes disponen de tres meses para remitir la sentencia dictada por la Sala a la Gran Sala (formada por 17 magistrados).
- b) Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala acepta o rechaza la remisión.
- c) Si el colegio aceptó el caso, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia.

**3.8. Demandas de interpretación y revisión de las sentencias (arts. 79-80 Regl.):**

**LA DEMANDA DE INTERPRETACIÓN:**

- a) Cada parte puede presentar una demanda de interpretación en el plazo de un año.
- b) La demanda de interpretación indica con precisión el o los puntos oscuros de la parte dispositiva de la sentencia a interpretar.
- c) Se sustancia ante la Sala que decidió con anterioridad.
- d) Si la Sala decide la inadmisibilidad, se acaba el asunto.
- e) Si la Sala decide la admisibilidad, ella misma dictará en su caso una sentencia de interpretación.

**SOBRE LA DEMANDA DE REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS:**

- a) Si se descubren hechos nuevos, que pudieron haber ejercido una influencia decisiva sobre la solución dada al fondo del caso, las partes pueden presentar una demanda de revisión.
- b) El plazo para ello es de 6 meses improrrogables desde el descubrimiento de los hechos nuevos.
- c) Si la Sala decide la inadmisibilidad, se acaba el asunto.
- d) Si la Sala admite esta demanda, ella misma dictará la correspondiente sentencia de revisión.

**3.9. Ejecución de las sentencias (art. 46 conv y 94-99 regl); satisfacción equitativa y condena en gastos y costas procesales (art. 41 Conv.)**

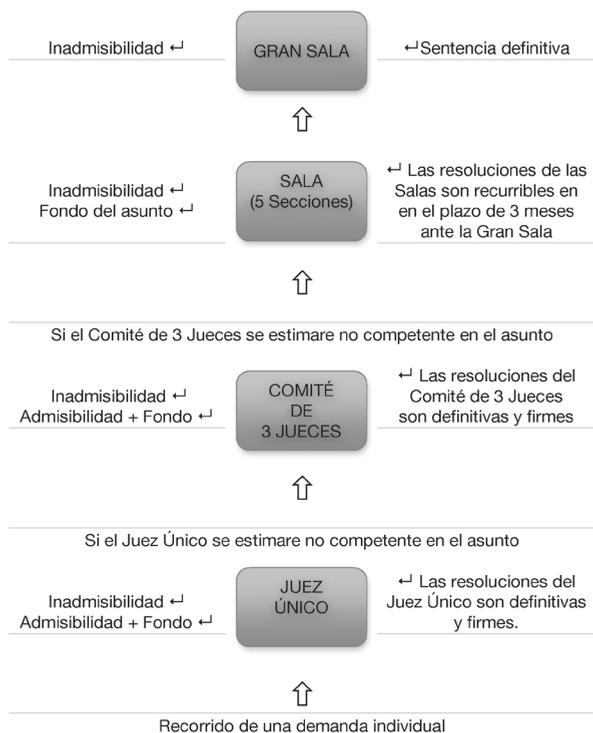
**SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA:**

- a) Los Estados están obligados a ejecutar las sentencias. Cómo lo hagan, depende ya de su derecho interno.
- b) El Comité de Ministros del Consejo de Europa supervisa la ejecución, pudiendo en su caso adoptar sanciones contra el Estado que no ejecute una sentencia.
- c) Si un Estado no ejecuta una sentencia, el Comité de Ministros puede llevar de nuevo el caso al TEDH.
- d) Una Gran Sala, constituida según el art. 24, 2.º, g), decide mediante sentencia.
- e) En caso extremo, el Estado que incumple sentencias de modo generalizado y sistemático puede ser expulsado del Consejo de Europa.

**SOBRE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA Y LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES:**

- a) Si hay violación, el Estado paga la compensación económica o satisfacción equitativa que fije la sentencia.
- b) Si hay violación de una o más normas convencionales y se solicitó al formalizar la demanda, el Estado demandado puede sufrir la condena en gastos y costas procesales.

**ESQUEMA DE ACTUACIÓN PROCESAL ANTE EL TEDH**



4. LOS RECURSOS ANTE EL TJUE

**REGULACIÓN JURÍDICA:**

- 1.º TUE
- 2.º TFUE
- 3.º El **protocolo núm. 3**, sobre el Estatuto del TJUE, que forma parte de los Tratados.
- 4.º **EL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO** del TJ, de 25-October-2012, que se publica en DO UE C 337, 6.11.2012, p. 1
- 5.º **LA DECISIÓN DEL TJ**, de 13 de septiembre de 2011 sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación e-Curia, DO UE C 289, 1.10.2011, p. 7

**ANALIZAMOS** tres grandes grupos de recursos:

- Recursos sobre actos de la UE.
- El recurso por incumplimiento de los Estados miembros.
- La cuestión prejudicial.

**NO ANALIZAMOS:**

- Recursos de casación contra las resoluciones del TG.
- El reexamen de las resoluciones del TG.
- Los dictámenes.
- Los procedimientos especiales.

**RECURSOS SOBRE ACTOS DE LA UNIÓN EUROPEA:**

Seis vías procesales:

- Recurso anulación.
- Recurso por omisión.
- La excepción de ilegalidad.
- Cuestión prejudicial de validez.
- El control previo de los acuerdos internacionales.
- El recurso por responsabilidad extracontractual.

**4.1. Recurso de anulación**

**Concepto:**

- Procedimiento jurisdiccional ante el TJUE que permite que éste anule los actos contrarios al Derecho de la UE.

- Se pretende asegurar la legalidad de las actuaciones de las Instituciones, órganos y organismos de la UE y proteger los intereses legítimos de particulares afectados.
- Normas básicas son arts.263-264 TFUE.

### Actos que pueden ser anulados:

- 1) Actos legislativos.
- 2) Actos del Consejo, la Comisión o el BCE que no sean recomendaciones o dictámenes.
- 3) Actos del PE y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.
- 4) Actos de órganos u organismos de la UE con efectos jurídicos frente a terceros.

### Legitimación preferente y no preferente para solicitar la anulación:

- 1.º **Legitimación preferente:** Estados Miembros, Parlamento Europeo, Consejo y Comisión, Tribunal de Cuentas, BCE y Comité de las Regiones. Sus demandas van al TJ.

Ejemplo: STJ, as. T-154/10, 20-9-2012, Francia/Comisión: Se pretende anular una decisión de Comisión que declaraba incompatible con el mercado interior una ayuda de Francia a correos. Se desestima el recurso francés y se condena en costas a Francia.

- 2.º **Legitimación no preferente para demandar:** También puede reclamar toda persona física o jurídica contra actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución. **Innovación de Lisboa.**
  - Estos recursos de particulares los conoce el TG. **Sobre recursos de particulares:** «El concepto de interés en ejercitar la acción se refiere a la necesidad de que la persona física o jurídica que haya interpuesto un recurso acredite un interés nacido y actual en la anulación del acto impugnado. Un interés de este tipo supone que la anulación de ese acto pueda tener, de por sí, consecuencias jurídicas o, en otros términos, que el recurso pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto. En consecuencia, por definición, un acto que satisface totalmente a esa persona no puede resultar lesivo para ella, y dicha persona no tiene interés en solicitar su anulación», pár. 36 de la sent en el caso FRANCIA/COMISIÓN
  - Los recursos presentados por Estados Miembros no exigen demostrar que el acto impugnado tiene un interés concreto y actual para el Estado demandante.
  - En el caso citado el TJ desestima el recurso de la demandante (Francia) y la condena en costas. Luego no anula la decisión de la Comisión, que es válida.

### Motivos de la anulación:

- Incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.
- Incompetencia de una Institución u órgano para adoptar un acto: No es frecuente.
- **Principales vicios sustanciales:**
  - Falta de motivación o motivación insuficiente.
  - Incumplimiento de obligaciones de consulta a una Institución u órgano.
  - Base jurídica errónea del acto.

- **Violación de los Tratados** o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución:
  - Violación de normas del TUE y el TFUE.
  - Violación de normas de Derecho derivado vinculantes: Ejemplo: Un Reglamento base violado por un Reglamento de ejecución.
  - Violación de Tratados internacionales que obligan a la UE.
  - Violación de los principios generales del Derecho.
  - Violación de sentencias del TJUE, que no sean susceptibles de recurso alguno.
- **Desviación de poder:** Motivo bien construido desde hace tiempo.

«Un acto sólo adolece de desviación de poder cuando existen **indicios objetivos, pertinentes y concordantes** de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante **de alcanzar fines distintos de los alegados** o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado».

### Plazo de presentación del recurso:

- Dos meses contados a partir, según los casos,
  - de la publicación del acto que se pretende sea anulado (si se ha producido su publicación en el Diario Oficial UE);
  - de su notificación al recurrente (cuando es un acto particular y no se publica en DO UE) o,
  - a falta de ello, desde el día en el que el recurrente haya tenido conocimiento del acto.

### Competencia:

- Nos preguntamos qué órgano jurisdiccional del TJUE debe decidir. Veamos dos hipótesis:
  - 1) Si la demanda la presentan una Institución, el **Tribunal General** es el competente para controlar la legalidad de los actos legislativos y otros actos del PE y del Consejo Europeo.
    - Cabe después presentar el recurso de casación ante el TJ en dos meses, tras ser dictada la sentencia por el TJ.
    - El recurso de casación de sentencias: En el Derecho UE cabe casación de sentencias del TG ante el TdJ.
    - Reglamento de Procedimiento TJ, art. 169: 1. Las pretensiones del recurso de casación deberán tener por objeto la anulación, total o parcial, de la resolución del TG tal y como figura en el fallo de dicha resolución. 2. En los motivos y fundamentos jurídicos invocados se identificarán con precisión los extremos de los fundamentos de Derecho de la resolución del TG que se impugnan.
  - 2) Si la demanda la presenta un Estado Miembro, la competencia va directamente **al TJ** (art. 51 Estatuto). **No existe posibilidad de casación.**

### Efectos de la sentencia de anulación:

- Si el recurso fuere fundado, el TJ declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado.

- Puede declarar nulo todo el acto o sólo algunas normas. Pero «el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos».

Ejemplo: Un Reglamento agrícola es declarado nulo por ausencia de fundamentación. Si ha producido ya efectos, éstos pueden seguir siendo válidos.

Por regla general, no podrá producir otros efectos después de su anulación.

**Excepción en la producción de efectos: STJ en el as. C-490/10, 6-9-2012, PE/Consejo UE** anula el Reglamento (UE, Euratom) 617/2010 del Consejo, sobre comunicación a la Comisión de los proyectos de inversión en infraestructuras energéticas en UE por carecer de base jurídica válida.

La parte dispositiva (pár. 2) de esta sentencia observa que los efectos de dicho Reglamento se mantienen «**hasta la entrada en vigor, en un plazo razonable..., de un nuevo Reglamento adoptado sobre una base jurídica apropiada, el art 194, 2.º, TFUE**». En este caso se decide así para que la sentencia no tenga consecuencias negativas para la realización de la política de la Unión en el ámbito de la energía; por eso dice el TJ que «**existen importantes motivos de seguridad jurídica que justifican que el Tribunal de Justicia estime la solicitud de las partes de que se mantengan los efectos del Reglamento impugnado**» (pár. 92).

### 4.2. Recurso por omisión

#### Concepto y aspectos generales:

- Arts. 265-266 TFUE:
  - Permite controlar la legalidad por la inactividad de las Instituciones, de un órgano o de un organismo de la Unión, cuando se abstuvieron de pronunciarse y estuvieron obligados a hacerlo.
  - Sólo será admisible si la Institución, órgano u organismo hubieren sido requeridos previamente para que actúen.
  - Si transcurrido un plazo de 2 meses, tras el requerimiento, la demandada/o no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de 2 meses.
  - Sólo será admisible el recurso si se agotó esta vía administrativa o precontenciosa.
  - En el escrito de requerimiento deben poder identificarse las medidas reclamadas y advertir que, si no se adoptan, se irá al TJ por la vía del art. 265 TFUE
  - Obviamente el requerimiento se dirige a la Institución, órgano u organismo que debió actuar y no lo hizo.

#### Legitimación activa:

- **Legitimación activa preferente:** Estados Miembros y restantes Instituciones que no fueran las causantes de inactividad u omisión, aunque no tengan interés en ejercitar la acción.
- **Legitimación activa no preferente:** Personas físicas o jurídicas a las cuales una Institución, órgano u organismo no les haya dirigido un acto de la Unión distinto a una recomendación o un dictamen.
- El TJ conoce los recursos presentados por los Estados Miembros o las Instituciones.
- El TG conoce los recursos de particulares.

### Efectos de las sentencias:

- Si el Tribunal decide que ha habido omisión, la sentencia se limita a declarar que la omisión viola el Derecho de la UE.
  - Por lo tanto, el fallo es únicamente declarativo porque el TJUE no puede adoptar el acto correspondiente (carece de competencia para ello).
  - La Institución omitente debe adoptar el acto ilegalmente omitido.
  - Pero el recurrente puede entonces exigir la reparación de daños sufridos por responsabilidad extracontractual (art. 340 TFUE).

### 4.3. La excepción de ilegalidad

#### La excepción de ilegalidad. Generalidades: Art. 277 TFUE

- Estamos ante un procedimiento incidental mediante el cual el TJUE realiza el control de la legalidad de un acto de alcance general; el procedimiento incidental se presenta en el marco de un litigio principal en el que se impugna una medida de aplicación de tal acto
- Existe este incidente por doble circunstancia:
  - 1) Restringida legitimación activa de particulares para interponer el recurso de anulación
  - 2) Como el plazo para solicitar la anulación es breve (2 meses), cabe esta excepción de ilegalidad con la misma legitimación y los mismos motivos para presentar una demanda.
- Estamos ante un incidente procesal, que permitirá el control incidental de la legalidad de un acto en un litigio concreto.
- Dada su naturaleza de incidente, no estamos ante un recurso en sentido propio o sea no ante una acción autónoma.
- Dada su naturaleza de incidente, mientras se sustancia un recurso concreto entre las dos partes, se suscita esta excepción.
- El antiguo art. 241 del Tratado de la Comunidad Europea limitaba el objeto de esta excepción a los reglamentos adoptados por las Instituciones de la Comunidad Europea.
- **El vigente el art. 277 TFUE dice:** «Aunque haya expirado el plazo previsto en el párrafo sexto del art 263, cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión podrá recurrir al TJUE alegando la inaplicabilidad de dicho acto por los motivos previstos en el párrafo segundo del artículo 263».
- Se recurre ante el órgano jurisdiccional (TJ, TG, TFPUE) que lleve el asunto principal.
- Sólo es posible para actos de carácter general, inicialmente únicamente reglamentos u otros actos de alcance general (art. 288 TFUE).
- Se alega la inaplicabilidad de ese acto en concreto a una situación concreta.
- Hay que observar que en este recurso el TJUE puede decidir esa inaplicabilidad al caso concreto, pero no decidirá la ilegalidad.
- Suele darse en el recurso de anulación y (menos) en el recurso por omisión, incumplimiento o responsabilidad extracontractual.
- Es frecuente en reclamaciones de funcionarios de la UE.

### Legitimación:

- **Legitimación activa:** No está clara en el art. 277 TFUE. Está abierto este recurso a cualquier afectado por una norma de alcance general, persona física, jurídica, Institución, órgano u organismo de la UE; también está abierto a los Estados Miembros implicados en un caso ante el TJUE.
- Cumple así una función esencial de tutela judicial efectiva.

### Efectos de estimación de la excepción de ilegalidad:

- Inaplicabilidad de esa norma o de ese acto jurídico al caso concreto.
- Produce efectos *inter partes* en el proceso concreto, no produce efectos generales.
- No se anula el acto concreto; para lograr la anulación, es preciso plantear el correspondiente recurso.
- Debe ser suscitada por la parte en un litigio principal pendiente ante el TJUE (cualquier órgano: TJ, TG,TFPUE).

### 4.4. Cuestión prejudicial de validez

#### Generalidades:

- Hay dos tipos de cuestiones prejudiciales: de interpretación y de validez. Estudiamos ahora la de validez.
- Además de plasmar la cooperación entre jueces estatales y el TJUE es el procedimiento de control de validez del Derecho derivado.
- Art. 267, b), TFUE: El TJUE «será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión».

#### Decisión sobre la validez:

- Quien decide si una norma de la UE es válida o inválida, es siempre el TJUE.
- Queda además claro que el juez nacional no puede formular por su propia iniciativa un juicio negativo sobre la validez de una norma de la UE.
- El juez interno suscita la cuestión prejudicial si tiene duda razonable sobre la validez del acto de la UE.

#### Parámetros de validez:

- La validez se mide desde parámetros del TUE y el TFUE, no desde el derecho interno de los Estados miembros.
- Además, la validez del Derecho derivado puede medirse respecto a los **acuerdos internacionales** que vinculan a la UE. Porque la validez de un acto de la Unión puede ser afectada por su incompatibilidad con tales reglas del Derecho Internacional.
- Una observación sobre acuerdos internacionales: En este caso, la validez de un acto de la UE sólo es posible contrastarla si las normas internacionales aducidas son, «desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas».

**Efectos de las sentencias:**

- Si el TJ desestima la cuestión, ha de aplicarse la norma cuestionada. Pueden plantearse otras cuestiones de validez en el futuro, con otros argumentos.
- Si TJ estima que la norma es inválida, no se aplicará al caso concreto.
- Los efectos de esta sentencia son similares a los de una sentencia de nulidad.

**4.5. El control previo de acuerdos internacionales**

- Art. 218,11.º, TFUE. Un Estado Miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del TJ sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del TJ, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados.
- **Legitimación activa:** Estados Miembros, Parlamento Europeo, Comisión y Consejo.
- **Base de la solicitud de dictamen:** Compatibilidad o incompatibilidad del acuerdo con las disposiciones de los Tratados o la competencia para celebrarlo de la Unión o de una de sus instituciones.
- **Dictamen 1/08, 30-11-2009**, sobre participación de Comunidad Europea en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (en la Organización Mundial del Comercio). **Solicita el dictamen la Comisión formulando 2 preguntas:**
  - Si la CE tenía competencia exclusiva o compartida con los Estados miembros para celebrar ese acto.
  - Si la base jurídica alegada era la correcta.
- Dice el TJ: Este recurso «tiene por objeto permitir que antes de celebrarse un acuerdo se resuelva la cuestión de su compatibilidad con el Tratado. De este modo, dicha disposición tiene por objeto evitar las complicaciones a que daría lugar la impugnación judicial de la compatibilidad con el Tratado de los acuerdos internacionales que obligan a la Comunidad», pág. 107.

Cabe en este procedimiento «cualquier cuestión que pueda someterse a la apreciación judicial, siempre que dicha cuestión pueda suscitar dudas sobre la validez material o formal del acuerdo en relación con el Tratado» (pág. 108).

«Por otra parte, procede recordar que la elección de la base jurídica adecuada reviste una importancia de naturaleza constitucional. En efecto, dado que la Comunidad sólo dispone de competencias de atribución, debe engarzar el acuerdo que pretende celebrar en una disposición del Tratado que la habilite para aprobar tal acto», pág. 110.

«El recurso a una base jurídica errónea puede, por tanto, invalidar el propio acto de conclusión y, por consiguiente, viciar el consentimiento de la Comunidad en quedar vinculada por el acuerdo suscrito. Esto ocurre, en particular, cuando el Tratado no confiere a la Comunidad una competencia suficiente para ratificar el acuerdo en su conjunto, lo que supone examinar el reparto de competencias entre la Comunidad y los EM para celebrar el acuerdo previsto con países terceros, o cuando la base jurídica adecuada para dicho acto de conclusión prevé un procedimiento legislativo distinto del seguido efectivamente por las instituciones comunitarias», pág. 110.

- Ante esta solicitud, el TJ dictamina:
  - 1) La celebración de acuerdos con los Miembros de la OMC afectados en el sentido del artículo XXI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), tal como se describe en la presente solicitud de dictamen, está comprendida en el ámbito de las competencias compartidas entre la Comunidad Europea y los Estados miembros.
  - 2) El acto comunitario por el que se celebran dichos acuerdos debe basarse tanto en el art 133 CE, como en los artículos 71 CE y 80 CE...»
  - 3) Luego si un dictamen del TJ es negativo, la UE no puede ser parte en el acuerdo impugnado, salvo que se modifique previamente ese acuerdo o los Tratados.

#### 4.6. Responsabilidad extracontractual

- Art. 340 TFUE: En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros».
- Estamos en responsabilidad por daños a particulares.
- La responsabilidad personal de sus agentes intra-UE se rige por su Estatuto u otras normas
- **Legitimación activa:** Cualquier persona física o jurídica o Estado Miembro que haya sufrido un daño.

**Ejemplo: STJ en el as. C-221/10 P, 19-4-2012, caso Artogodan GmbH:** Decisión que prohíbe comercialización de medicamentos para uso humano que contengan anfepramona:

- 1.º Para que la Unión incurra en la responsabilidad extracontractual es preciso que exista una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica superior de Derecho que proteja a los particulares.
  - 2.º «Cuando se trata de determinar la ilegalidad de un acto jurídico, la responsabilidad extracontractual de la Unión está supeditada a que concurren una serie de requisitos, entre los que figura la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica cuyo objeto sea conferir derechos a los particulares», pág. 80.
- El TJ somete la responsabilidad extracontractual originada por actividad normativa de la UE a requisitos estrictos:
    - Que se produzca la violación suficientemente caracterizada de una norma de rango superior en el DUE.
    - Que el demandante pruebe la realidad del daño.
    - Que pruebe la relación de causalidad entre la violación y el daño sufrido.
  - **¿Cabe una responsabilidad extracontractual por actividad legislativa lícita?**

El TJ no la excluye, pues afirma que «si tal responsabilidad llegara a ser reconocida en su principio, requeriría como mínimo la concurrencia de tres requisitos cumulativos, constituidos por la realidad del perjuicio, la relación de causalidad entre éste y el acto en cuestión y el carácter anormal y especial de dicho perjuicio» (as. C-120/06 P y C-121/06 P, **caso FIAMM**, pág. 169).

#### 4.7. Recurso por incumplimiento

##### Esquema:

- A. Ideas generales.
- B. Legitimación activa.
- C. Fases del recurso.
- D. La sentencia.
- E. Un ejemplo: La STJ de 4-10-2012 en el caso COMISIÓN EUROPEA/REINO DE ESPAÑA.

##### A. IDEAS GENERALES

- Los Estados Miembros son los encargados sobre todo de aplicar el Derecho de la UE. Pero a veces se producen problemas.
- Entramos en este recurso, arts. 258-260 TFUE, que podemos calificar como de tipo internacional, pero el TJ tiene una competencia obligatoria y exclusiva para declarar el incumplimiento de normas de la UE<sup>(28)</sup>.
- Decidir sobre este recurso compete exclusivamente al TJ.
- Hay incumplimiento cuando un Estado Miembro (cualquiera de sus órganos) infringe una obligación impuesta por el ordenamiento de la UE, sea cual fuere el tipo de norma (Tratados, Derecho Derivado, Carta de los DF, sentencia del TJUE).
- El incumplimiento lo podemos sintetizar en tres situaciones:
  - Actuación positiva infractora.
  - Abstención ilícita (no actuar cuando una norma obliga a ello), y
  - Ejecución tardía de obligaciones dimanantes del derecho de la Unión.

##### B. LEGITIMACIÓN ACTIVA

- **Legitimación activa;** corresponde a la Comisión Europea y a los demás Estados Miembros. Participan los individuos indirectamente a través del mecanismo quejas presentadas a la Comisión.
- Entre las competencias de la Comisión, el art. 17 TUE señala las de
  - Velar por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las Instituciones en virtud de estos y
  - Supervisar la aplicación del DUE bajo control del TJUE.
  - Es decir, la Comisión debe controlar la correcta aplicación del conjunto del Derecho de la UE, no solo originario, sino sobre todo el derivado.

---

(28) No sucede como en el caso del Tribunal Internacional de Justicia, principal órgano judicial de las Naciones Unidas, cuya competencia es voluntaria y no exclusiva (existen otros Tribunales Internacionales, en DH, Derecho del Mar...).

- Tres vías de esa legitimación:
  - 1) **Un EM acusa a otro EM de incumplimiento: art. 259 TFUE.** El EM que acusa antes acude a la Comisión y ésta puede adoptar un dictamen motivado dirigido al presunto incumplidor. Si en tres meses la Comisión no dictamina, el EM lleva el caso directamente al TJ.
  - 2) **Actúa la Comisión desde el principio** (excepcionalmente puede actuar el Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones o el Consejo de Gobernadores del Banco Central Europeo, en sus propios ámbitos de actuación).
  - 3) **La queja de particulares:** La actuación de la Comisión puede activarse cuando un particular formula una queja ante esa Institución. La presentación de queja no exige haber presentado previamente una demanda ante tribunales de EM afectado.

### C. FASES DEL RECURSO

- En estos casos, según el TFUE los recursos tienen dos fases: Precontenciosa y contenciosa; además estará la sentencia del TJ.
- Estas dos fases se deducen con claridad de la lectura del art. 258 TFUE:
  - 1.<sup>a</sup> «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.
  - 2.<sup>a</sup> Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea».
- Antes de iniciar el recurso, la Comisión debe investigar y determinar las cuestiones de Derecho.

#### a) FASE PRECONTENCIOSA:

- Se inicia con un procedimiento previo dirigido por la Comisión.
  - Suelen existir primero contactos informales con el EM.
  - La Comisión requiere al Estado Miembro mediante una carta de emplazamiento o escrito de requerimiento al Gobierno.
  - La Comisión describe las infracciones y solicita observaciones al Estado Miembro.
- Si el EM no responde en el plazo que la Comisión le diera o sus respuestas no satisfacen a Comisión, ésta emite un dictamen motivado al respecto.
- Estos contactos formales tienen por objeto determinar si se ha producido realmente una infracción del Derecho de la UE y, en caso afirmativo, que el EM rectifique la situación sin que la Comisión recurra al Tribunal de Justicia.
- Si la respuesta satisface a la Comisión, ésta podrá optar por abandonar el procedimiento de infracción. La mayoría de los casos logran resolverse de este modo.
- Si no le satisface, queda la fase judicial propiamente dicha.
- Si el EM no pone fin al incumplimiento, la Comisión realiza la interposición de recurso ante el TJ por vulneración del Derecho de la Unión.

- La fase precontenciosa es esencial para el procedimiento y tiene por finalidad dar al EM la oportunidad de adecuar su conducta al D UE y presentar sus alegaciones a la Comisión.
- La Comisión puede llevar el caso al TJ o puede no hacerlo; no está obligada a seguir la vía judicial, podría volver a insistir al EM en concreto. Dispone pues de una importante discrecionalidad.

### b) FASE JUDICIAL:

Pár. 3.º, art. 260 TFUE, permite a la Comisión, si lo considera oportuno, «indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias».

- Parece que esta norma es una respuesta efectiva al extendido fenómeno de transposición tardía de las directivas, asunto que sigue siendo preocupante.
- Si la Comisión lleva el caso al TJ, debe aportar las pruebas pertinentes según las cuales ese EM ha violado el Derecho de la UE.
- La Demanda ha de presentarse tras terminar el plazo que diera el dictamen motivado.
- El EM aportará sus pruebas en contra de las presentadas por la Comisión.
- Aunque el EM no discuta el incumplimiento, el caso puede seguir porque la sentencia puede afectar a derechos de los particulares.

### D. LA SENTENCIA

- Si la sentencia del TJ declara que se ha producido un incumplimiento, el EM está obligado a adoptar sin demora las medidas necesarias para ponerle fin.
- Si después de serle sometido de nuevo el asunto por la Comisión el TJ declara que el EM no ha cumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva.
- También cabe que el TJ, a propuesta de la Comisión, imponga una sanción pecuniaria al Estado miembro afectado en la primera sentencia por incumplimiento.
- La Sanción se basará en 3 criterios fundamentales:
  - gravedad de la infracción,
  - duración de la infracción,
  - efecto disuasorio de la sanción a fin de evitar reincidencias.
- Otros efectos de sentencia: El Tribunal no puede anular una norma nacional que no se ajuste al Derecho de la UE. La anulación de las normas internas corresponde a cada EM.
- Tampoco puede condenar a un EM a que pague una indemnización por daños y perjuicios a un particular afectado por violación del Derecho UE.
- El EM condenado debe tomar las medidas oportunas para cumplir la sentencia.

### E. UN EJEMPLO: COMISIÓN/ESPAÑA

**STJ (Sala Sexta), as. C-403/11, de 4 de octubre de 2012**

«Incumplimiento de Estado – Directiva 2000/60/CE — Planes hidrológicos de cuenca – Publicación y notificación a la Comisión – Información y consulta públicas –Inexistencia».

La Comisión solicita al TJ que declare que, al no haber adoptado ni notificado a la Comisión y a los demás EM interesados los planes hidrológicos de cuenca y al no haber tomado determinadas medidas de información y consulta públicas, España ha incumplido las obligaciones que le incumben.

**España ha violado arts. 1-3 y 6, art. 13, etc.**, de Directiva 2000/60/CE del PE y del Consejo por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, modificada por la Directiva 2008/32/CE.

Los Planes hidrológicos de cuenca se debieron publicar a más tardar 9 años tras entrada en vigor de Directiva.

El 4 de junio de 2010, la Comisión dirigió un **escrito de requerimiento** a España. Tras la respuesta española, la Comisión dirigió, el 28 de enero de 2011, un **dictamen motivado** a España, instándole a cumplir sus obligaciones.

**La Comisión recurre al TJ.** Alegaciones españolas:

- 1.<sup>a</sup> España «no niega el retraso producido en la adopción y publicación de los planes hidrológicos de cuenca por los que se le imputa el incumplimiento... pero alega, en primer lugar, que el retraso se debe a la complejidad del sistema jurídico e institucional existente en España y, en concreto, al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas» pár. 14.
- 2.<sup>a</sup> Tenemos «planes hidrológicos en vigor para todas las cuencas...» «y con objetivos análogos a los fijados por la Directiva 2000/60».
- 3.<sup>a</sup> Por ello, no existe un vacío en la protección de las aguas en España.
- 4.<sup>a</sup> España dice «que corresponde a la Comisión aportar la prueba de que estos planes no son conformes con los objetivos de dicha Directiva».

**EL TJ RESPONDE:**

- 1.º «18. Los EM están obligados, en virtud del art 4 TUE, apart. 3, a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión, que consiste... en velar por la aplicación de las disposiciones de los Tratados, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de éstos».
- 2.º «23. El Reino de España se ha limitado a proporcionar, en la fase de dúplica, una lista de los planes hidrológicos vigentes en dicho EM, sin aportar, ni en esa fase ni en su escrito de contestación, precisiones en cuanto al contenido de esos planes».
- 3.º «25. Asimismo, por lo que respecta a los argumentos formulados por el Reino de España sobre la complejidad del sistema jurídico e institucional español para justificar el retraso en la ejecución de las disposiciones de la Directiva 2000/60, que ha motivado la interposición del recurso por incumplimiento, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en una directiva».

**Solución:**

- 1) **El TJ declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dichas disposiciones.**
- 2) **Condena en costas al Reino de España.**

#### 4.8. Recurso prejudicial

- A. El art. 267 TFUE.
- B. La cuestión prejudicial de interpretación.
- C. Legitimación activa.
- D. Requisitos para la remisión prejudicial.
- E. Tipos de procedimientos prejudiciales.
- F. Momento adecuado para plantear una cuestión prejudicial.
- G. Forma y contenido de la petición.
- H. Efectos de la sentencia prejudicial.

#### A. EL ART. 267 TFUE

- Todo ordenamiento jurídico se fundamenta en su unidad: Se trata de la igualdad en la ley o la vigencia de las mismas normas para los sujetos. Pero se trata de lograr asimismo la igualdad en la interpretación de la norma.
- En la UE asegura la igualdad en la interpretación de la norma el TJ. Lo hace en cooperación con los órganos jurisdiccionales de EM.
- Entramos así en el recurso prejudicial.
- Los órganos jurisdiccionales de los EM son los jueces ordinarios encargados de aplicar el Derecho de la Unión.
- Para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación de la Unión y evitar interpretaciones divergentes, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al TJ para solicitarle que interprete una norma o un conjunto de normas del Derecho UE.
- La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto del Derecho de la Unión.

**Art. 267, TFUE:** «El TJ será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones, órganos u organismos de la Unión»;
- Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los EM, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.
- Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.
- Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad».
- A tenor del artículo 256 TFUE, apartado 3, el TG es competente para conocer de las cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud del artículo 267 TFUE, en materias específicas determinadas por el Estatuto.

- Pero, como no se ha llevado a cabo ninguna adaptación del Estatuto en esta materia, el TJ sigue siendo el único órgano jurisdiccional competente en la realidad para pronunciarse con carácter prejudicial. Ello puede variar en el futuro, sobre todo cuando se incremente mucho el trabajo del TJ.

### B. CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN

- Dos son los posibles recursos o cuestiones prejudiciales: de interpretación y de validez. La segunda ya la examinamos.

#### LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN:

- El TJUE interpreta una norma o un conjunto de normas de la UE, del marco constitucional, de los acuerdos internacionales vigentes para UE o del derecho derivado.
- El TJ dará pues la interpretación última del Derecho de la UE, como hace en ámbito interno el Tribunal Constitucional.

#### Dos ideas sobre el mecanismo prejudicial:

- La decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto al TJ será notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional (art. 23 Estatuto TJUE).
- Después el Secretario del TJ notificará tal decisión a las partes litigantes, a los EM y a la Comisión y a la Institución, órgano u organismo que adoptó el acto cuya validez o interpretación se cuestiona.

### C. LEGITIMACIÓN ACTIVA

- **Legitimación activa para presentar cuestiones prejudiciales: Órganos jurisdiccionales de los EM.**
- Concepto no claro, pero cuyos criterios elabora el Derecho UE, no los Derechos internos.
- Jurisprudencia exige que esos órganos cumplan 5 requisitos: Sean órganos creados por la ley, que tengan carácter permanente, ostenten competencia jurisdiccional obligatoria, actúen según un procedimiento contradictorio y apliquen normas jurídicas (sent. TJ, as. 61/65, caso **VAASSEN-GÖBBELS**, sent. de 30 de junio de 1966).
- ¿Y la independencia del órgano jurisdiccional? Cronológicamente se incorpora después este requisito.
- **Abogado General DÁMASO RUIZ-JARABO, 2001, conclusiones al as. C-17/00, en el caso DE COSTER**, presentadas el 28 de junio de 2001, señala en los párs. 13-14:

«13. El Tratado no define, sin embargo, la noción de órgano jurisdiccional nacional. Tampoco lo ha hecho el Tribunal de Justicia, que se ha limitado a establecer unos criterios orientativos tales como el origen legal del órgano, la permanencia y la independencia, el carácter obligatorio de la jurisdicción que ejerce, la naturaleza contradictoria del procedimiento, el talante jurisdiccional de la decisión y la aplicación de normas jurídicas.

14. La consecuencia es una jurisprudencia flexible en exceso y carente de la necesaria coherencia, con el déficit de seguridad jurídica que comporta. Las profundas contradicciones que se observan entre las soluciones propuestas por los Abogados Generales en sus conclusiones y las adoptadas por el TJ en sus sentencias ilustran la falta de señalización en

el camino, con el consiguiente riesgo de extravío. Es una jurisprudencia casuística, muy elástica y poco científica, con unos contornos tan difusos que admitiría una cuestión prejudicial suscitada por Sancho Panza como gobernador de la ínsula de Barataria».

- **El planteamiento actual diferencia<sup>(29)</sup>:**
  - **Órganos integrados en el poder judicial de los EM** son sujetos idóneos para plantear cuestión prejudicial.
  - **Órganos no integrados en el poder judicial de los EM:** Que el TJ sea rígido en exigencia criterios. Sería el caso de los árbitros, cuya jurisdicción es voluntaria.
- Pero hay casos extraños:
  1. El Tribunal de Justicia del BENELUX (un Tribunal internacional, en suma) presentaba un recurso prejudicial en 1997 y el TJ lo admitía.
  2. El Tribunal Constitucional español presentaba un recurso prejudicial en el as. C-399/11, caso **MELLONI**: Huida de un italiano, condenado en su Estado de origen, cuando la Audiencia Nacional de España había decidido acceder a la extradición solicitada por Italia; la Audiencia Nacional le impone una fianza de 5 millones de pesetas, las paga y huye. Todavía no decidido por el TJ, en el caso se cuestionan la orden europea de detención, el procedimiento de entrega entre los EM y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, sobre todo).
  3. El TJ ha admitido recursos prejudiciales de órganos de naturaleza administrativa, como el Tribunal de Defensa de la Competencia o el Tribunal Económico-Administrativo Central, que (según el Derecho interno) no son órganos jurisdiccionales
- **Puede presentar** una cuestión prejudicial cualquier órgano jurisdiccional estatal si lo considera necesario para resolver un litigio concreto del que esté conociendo.
- No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno **están obligados a someter al TJ tales peticiones**, salvo excepciones.
- Luego en un caso hay una posibilidad y en el otro unas obligaciones, salvo excepciones.

### D. REQUISITOS DE PRESENTACIÓN

- La presentación de demandas prejudiciales se produce cuando exista **una duda razonable** sobre interpretación de una norma UE.
- Esa duda razonable surge en el marco de un proceso real, no ficticio, y efectivo, no hipotético.
- Además, el pronunciamiento del TJ debe ser necesario para solucionar el litigio principal.
- **No debe presentarse recurso prejudicial en dos casos:**
  - cuando ya exista jurisprudencia en la materia y
  - cuando la manera correcta de interpretar la norma jurídica de que se trate sea de todo punto evidente.

---

(29) Ver R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2012, pp. 189 y ss.

- El órgano jurisdiccional nacional destinatario está vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado.
- La sentencia del TJ vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico.
- ¿Pueden los particulares hacer algo en esta materia? Si son partes en un litigio, por ejemplo ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Zaragoza, SÍ: Pueden pedir que ese órgano formule una cuestión prejudicial.

### E. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS PREJUDICIALES

- A. Normal.
- B. Acelerado.
- C. De urgencia.

#### A) Procedimiento prejudicial normal (Art. 93-104 RProcd.):

- Se plantean mediante exposición concisa del objeto del litigio y hechos pertinentes.
- Se incluyen normas y jurisprudencia nacional aplicables al caso.
- Se citan las razones por las que se duda de la validez o interpretación a la vista de la norma UE.
- Pueden participar ante el TJ:
  - Partes en litigio principal,
  - EM,
  - Comisión e
  - Institución que adoptó el acto cuya validez se cuestiona.
- Si la cuestión es idéntica a otra anterior o su respuesta pueda deducirse claramente de la jurisprudencia del TJ o no suscita duda razonable, el TJ dicta un auto.

#### B) Procedimiento prejudicial acelerado (PPA) (Arts. 105-106 RProcd.):

- Decide el Presidente del TJ usar este procedimiento, si la naturaleza del asunto exige resolverlo en breve plazo.
- Decisión se adopta sobre la base de una petición motivada del órgano jurisdiccional remitente.
- Se fija la vista en un plazo no inferior a 15 días.
- Se pide a las partes que limiten los escritos de alegaciones a las cuestiones esenciales de Derecho suscitadas.
- Como este procedimiento impone restricciones importantes a todos los actores, en particular a los EM, su aplicación sólo debería solicitarse cuando existan circunstancias específicas que justifiquen que el TJ se pronuncie rápidamente.
- El hecho de que haya un gran número de personas o de situaciones jurídicas que puedan verse potencialmente afectadas por la resolución que el órgano jurisdiccional remitente deba dictar, no constituye, como tal, una circunstancia excepcional que pueda justificar la aplicación del procedimiento acelerado

- Los escritos pueden enviarse por fax o cualquier otro medio técnico de comunicación que tenga TJ.

Después se remiten los originales sin dilación a la Secretaría del TJ.

**C) Procedimiento prejudicial de urgencia (PPU) (Arts. 107-114 RProcd.):**

- Sólo aplicable a materias contempladas en el título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o sea al espacio de libertad, seguridad y justicia.
- Decide aplicarlo el TJ, previa petición del órgano jurisdiccional remitente o, en ocasiones, de oficio.
- Se notifica inmediatamente a las partes.
- Se designa una Sala de 3 ó 5 jueces y se envía escritos por fax u otro medio técnico que tenga el TJ.
- En casos de extrema urgencia no hay fase escrita, solamente la oral.
- El Ab.Gral. presenta sus conclusiones en plazos cortos (a veces, en 3 días).
- El PPU simplifica fases del procedimiento ante el TJ, pero su aplicación lleva consigo mayores exigencias para todos (TJ, partes, otros interesados...).
- **Casos previsible para el PPU:**

- Cuando existe un riesgo de deterioro irreparable de la relación padre/hijo, por ejemplo, cuando lo que se discute es la restitución de un hijo privado del contacto con uno de sus progenitores.

**STJ en el as. C-491/10 PPU, en el caso AGUIRRE ZARRAGAA**, dictada el 22-10-2010: La hija de español y alemana es secuestrada por ésta y no devuelta a su padre, que tenía la custodia de la niña. La no devolución «supondría un riesgo de deterioro o menoscabo de las relaciones entre ambos y podría provocar un daño psíquico» (pár. 38).

«La tramitación de la presente petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento ordinario podría menoscabar gravemente, incluso de manera irreparable, las relaciones entre el Sr. Aguirre Zarraga y su hija, así como poner en mayor peligro la integración de ésta en su entorno familiar y social en el caso de un eventual regreso a España» (pár. 40).

- El Procedimiento Prejudicial de Urgencia se activa asimismo cuando una persona está privada de libertad y su mantenimiento en esa situación depende de la respuesta que dé el TdJ (as. C-61/11 PPU, caso **EL DRIDI**, sent. de 28 de abril de 2011). En prisión en Italia por ser extranjero en situación irregular. La Corte d'appello di Trento había solicitado que la remisión prejudicial se tramitase por el procedimiento prejudicial de urgencia. La prisión de esta persona «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» viola el derecho de la UE.
- Los asuntos tramitados mediante el procedimiento prejudicial de urgencia se han resuelto en 66 días, por término medio. Ningún procedimiento ha durado más de tres meses.

### F. MOMENTO ADECUADO PARA PLANTEAR

- Puede remitirse tan pronto como el órgano remitente estime que, para poder dictar sentencia en el asunto principal, resulta necesaria una decisión sobre la interpretación o la validez del Derecho de la UE.
- El órgano jurisdiccional nacional debe apreciar la fase del procedimiento en la que procede remitir tal petición.
- Es preferible que se remita en una fase en la que el órgano remitente esté en condiciones de definir el marco jurídico y fáctico del asunto.
- También puede plantearse tras el debate contradictorio entre las partes en el litigio principal.

### G. FORMA Y CONTENIDO DE PETICIÓN

- El TJ solicita que la cuestión prejudicial se presente mediante una redacción sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos (una decena de páginas).
- **Contenido de cuestión prejudicial:** El juez estatal concreta las preguntas dirigidas al TJ.
- La petición enviada por el juez estatal incluye tres elementos adicionales a las cuestiones:
  - a) Una exposición concisa del objeto del litigio y de hechos pertinentes;
  - b) El texto de las normas nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente;
  - c) Las razones que le llevaron a preguntarse sobre la validez de determinada norma del Derecho de la UE y la relación entre dichas normas y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.
- Por otro lado, las disposiciones del Derecho de la UE pertinentes en el litigio principal deben ser identificadas con la mayor precisión posible en la petición.
- Además el juez remitente incluirá, en su caso, un breve resumen de los argumentos de las partes en el litigio principal.

### H. EFECTOS DE LA SENTENCIA

- La presentación de una petición prejudicial lleva consigo la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie.
- El órgano jurisdiccional remitente deberá informar al TJ de cualquier incidente procesal que pueda tener repercusión sobre su petición de decisión prejudicial y, en particular, de la admisión de nuevas partes en el proceso nacional.
- La sentencia prejudicial de interpretación es cosa juzgada para el tribunal remitente y para otros órganos judiciales que puedan conocer en el futuro ese caso.
- Hipótesis:
  - Si plantea cuestión prejudicial un tribunal de 1.ª Instancia, que conoce de un caso concreto, la interpretación que dé el TJ debe ser seguida por los demás tribunales que conozcan el litigio de fondo.
  - Además, la sentencia prejudicial vincula a todos los tribunales de otros EM cuando apliquen esa norma.

- Por lo tanto, sólo en ocasiones excepcionales puede solicitarse otro pronunciamiento prejudicial al TJ sobre la norma ya interpretada
- Cabe que un órgano jurisdiccional estatal formule una nueva cuestión prejudicial sobre la misma norma:
  - Para que el TJ aclare o precise su posición.
  - Para que la modifique, siempre aportando nuevos argumentos.

## 5. CUESTIONES PROCEDIMENTALES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (TJ)

- 1.1. Derechos y obligaciones de los agentes, asesores y abogados.
- 1.2. Notificaciones y plazos.
- 1.3. La fase escrita del procedimiento.
- 1.4. Ordenación del proceso y de la prueba.
- 1.5. Fase oral del procedimiento.
- 1.6. Procedimiento acelerado.
- 1.7. Las sentencias.
- 1.8. Las costas.
- 1.9. Acuerdos amistosos, desistimientos y sobreseimiento.

El Procedimiento ante el TJ se caracteriza, principalmente por dos notas:

- Se rige por normas jurídicas imperativas de los Tratados, del Protocolo sobre el Estatuto del TJ y de su Reglamento de Procedimiento. Dada su naturaleza imperativa, el TJ no puede apartarse de tales normas.
- Está sometido al régimen lingüístico apropiado para una Unión multilingüe, que condiciona las fases escrita y oral.

Las Cuestiones procedimentales son resueltas sobre todo en el REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO DEL TJ, de 25 de septiembre de 2012, publicado en DOUE C, núm. 337, de 6-11.2012, p. 1.

### 5.1. Derechos y obligaciones de los agentes, asesores y abogados (arts. 43-47 RProc.)

- Los Agentes, asesores y abogados ante el Tribunal gozan de inmunidad por las palabras pronunciadas y los escritos presentados en relación con el litigio o con las partes.
- Los escritos y documentos relativos al procedimiento no podrán ser objeto de registro ni de incautación.
- La inmunidad puede ser revocada o alzada por el TJ. **Cabe incluso que sean excluidos del procedimiento.**

### 5.2. Notificaciones y plazos (arts. 48-52 RProc.)

- Las **notificaciones** son cursadas por el Secretario del TJ al domicilio elegido por el destinatario, bien por envío postal certificado, con acuse de recibo, de una copia del documento que deba notificarse, bien por entrega de esta copia contra recibo.

- Si el destinatario ha dado su conformidad, las notificaciones le serán enviadas por fax u otro medio técnico de comunicación
- **Los Plazos** se expresan en semanas, meses o años.
- Si el plazo concluye en sábado, domingo u otro día feriado legal, quedará prorrogado hasta el final del siguiente día hábil.
- Pueden ser ampliados por razón de la distancia. Pueden ser prorrogados por el Presidente del TJ o los Presidentes de Salas.

### 5.3. Fase escrita (arts. 57-58 RProc.)

- El Procedimiento consta de fase escrita y oral.
- Cuando el Tribunal sea manifiestamente incompetente para conocer de un asunto o cuando una petición o demanda sea manifiestamente inadmisibile, el Tribunal podrá resolver mediante auto motivado y no continuar el procedimiento.
- Cabe la acumulación de asuntos de la misma naturaleza que se refieran al mismo objeto por razón de conexidad y la suspensión del procedimiento.
- El objetivo de la fase escrita: Exponer los hechos, los motivos, las alegaciones y las, pretensiones de las partes.
- La presentación de documentos originales se realizará en la lengua del procedimiento o traducidos en cinco copias en la secretaría del órgano jurisdiccional correspondiente.
- Los escritos procesales deben ir fechados; es importante para ver si corresponden al período examinado por el Tribunal en un asunto concreto.
- El Tribunal podrá determinar, mediante decisión, una longitud máxima para los escritos de alegaciones o de observaciones que se presenten ante él.

### 5.4. Ordenación del proceso y la prueba (arts. 71-75 RProc.)

- Cuando la fase escrita del procedimiento se declare terminada, el Presidente fijará la fecha en la que el Juez Ponente deberá presentar a la reunión general del Tribunal un informe preliminar
- El informe preliminar contendrá propuestas sobre nuevas diligencias especiales o solicitará aclaraciones, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente.
- Después interviene el Abogado General pero no presenta sus conclusiones todavía.
- Posteriormente se produce la atribución a la Sala de 3 ó 5 jueces o a la Gran Sala (15 jueces).
- Si lo solicita un EM o una Institución, el asunto puede ir a Pleno.

### 5.5. Fase oral del procedimiento (Arts. 76-85 RProc)

- El Tribunal pregunta en la fase oral, concreta cuestiones, etc.
- Admite como pruebas:
  - a) la comparecencia personal de las partes;
  - b) la solicitud de información y de presentación de documentos;
  - c) el interrogatorio de testigos;

- d) el dictamen pericial;
- e) el reconocimiento judicial.
- Puede haberla o no; decide el Presidente.
- Intervienen las partes, los testigos, los peritos, etc.
- A veces se celebra a puerta cerrada por cuestiones seguridad de los Estados Miembros o para la protección de menores.
- El Abogado General presenta ahora sus conclusiones.
- El Secretario extenderá acta de cada vista, que será firmada por el Presidente y el Secretario y constituirá un documento público.

**5.6. Cuestiones prejudiciales (arts. 93-114 RProc.)**

- Amplias reglas generales.
- Cabe si el Presidente lo decide, a petición de parte o incluso de oficio, el procedimiento prejudicial acelerado «cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo».
- Se aligera la fase escrita y la intervención del Juez Ponente y del AG.
- Se fija la fecha de la vista y, tras oír al Abogado General, el TJ resuelve el caso.
- Cabe asimismo el procedimiento prejudicial de urgencia.

**5.7. Sentencia (arts. 86-92 RProc.)**

- La Sentencia, leída en sesión pública, contendrá:
  - a) la indicación de que ha sido dictada por el Tribunal;
  - b) la formación que la dicta;
  - c) la fecha de su pronunciamiento;
  - d) nombre del Presidente y de Jueces que hayan, indicando el Juez Ponente;
  - e) el nombre del Abogado General;
  - f) el nombre del Secretario;
  - g) la designación de las partes o de los interesados;
  - h) el nombre de sus representantes;
  - i) la indicación de que el Abogado General ha sido oído y, en su caso, la fecha de sus conclusiones;
  - j) una exposición concisa de los hechos;
  - k) los fundamentos de Derecho;
  - l) el fallo, que comprenderá, en su caso, la decisión sobre las costas

**5.8. Las costas (arts. 137-146 RProc., sobre todo)**

- El procedimiento es gratuito, o sea no hay que pagar ninguna tasa por interponer una demanda.

- En el concepto **costas** incluimos exclusivamente los gastos denominados «recuperables», es decir, los honorarios de los abogados, las cantidades que deben abonarse a los testigos, los gastos de correo y de teléfono, etc. en que hayan incurrido las propias partes.
- Diferenciamos tres situaciones: Recursos directos, recurso prejudicial y recurso de funcionarios.
  - 1) **Costas en recursos directos:** Se decidirá sobre las costas en la sentencia o en el auto que ponga fin al proceso. **La parte que haya visto desestimadas sus pretensiones** será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Si son varias las partes que han visto desestimadas sus pretensiones, el Tribunal decidirá sobre el reparto de las costas. Si se estiman parcialmente pretensiones de una y otra parte, cada una paga sus costas.
  - 2) **Costas en el recurso prejudicial:** Fórmula acuñada que dice: «Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el TJ no pueden ser objeto de reembolso».
  - 3) **Costas en recursos de funcionarios:** La parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Si así lo exige la equidad, el Tribunal de la Función Pública de la UE podrá limitarse a imponer una condena parcial en costas a la parte que pierda el proceso, o incluso no condenarla en costas.

### 5.9. Acuerdo amistoso, desistimiento y sobreseimiento (arts. 147-150 RProc.)

- **Acuerdo amistoso:** Si antes de que decida el TJ, las partes llegan a un acuerdo amistoso, el Presidente ordena el archivo del caso. Pero no cabe acuerdo amistoso ni en el recurso de anulación (art. 263 TFUE) ni en el de omisión (art. 265 TFUE).
- **Desistimiento:** Desiste el demandante y el Presidente ordena el archivo del caso
- **Sobreseimiento:** Si el Tribunal constatará que el recurso ha quedado sin objeto y que procede su sobreseimiento, podrá decidir en cualquier momento, de oficio, a propuesta del Juez Ponente y tras oír a las partes y al Abogado General, resolver mediante auto motivado. En tal caso decidirá sobre las costas.

## ANEXO: ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA

### 47 Estados miembros:

- Albania.
- Alemania.
- Andorra.
- Armenia.
- Austria.
- Azerbaiyán.
- Bélgica.
- Bosnia-Herzegovina.
- Bulgaria.
- Chipre.
- Croacia.
- Dinamarca.
- España.
- Eslovaquia.

- Eslovenia.
- Estonia.
- Finlandia.
- Francia.
- Georgia.
- Grecia.
- Hungría.
- Irlanda.
- Islandia.
- Italia.
- Letonia.
- Ex-República yugoslava de Macedonia.
- Liechtenstein.
- Lituania.
- Luxemburgo.
- Malta.
- Moldova.
- Mónaco.
- Montenegro.
- Noruega.
- Países Bajos.
- Polonia.
- Portugal.
- República Checa.
- Rumanía.
- Reino Unido.
- Rusia.
- San Marino.
- Serbia.
- Suecia.
- Suiza.
- Turquía.
- Ucrania.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCAIDE FERNÁNDEZ y CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011.
- ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la UE*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2012.
- BACIGALUPO SAGESSE, M., en la obra *Principios de Derecho de la Unión Europea* (de E. LINDE PANIAGUA, M. BACIGALUPO SAGESSE y J. A. FUENTETAJA PASTOR), 5.ª ed., Colex, Madrid, 2012.
- BERGER, V., *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 12.ª edición, Sirey, París, 2011.
- CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CHUECA SANCHO, A.G., «El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la entrada en vigor del Protocolo Adicional núm. 14 en junio de 2010)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 24, julio de 2010, pp. 217 y ss.
- COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión, Aplicación del art. 260, apartado 3, del TFUE*, DOUE C 12, 15-1-2011, p. 1.
- CONSEIL DE L'ÉUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme: Un travail continu*, Estrasburgo, 2009.
- COUNCIL OF EUROPE-CONSEIL DE L'EUROPE, *Bringing a case to the European Court of Human Rights-A practical guide on admissibility-Saisir la Cour Européenne des Droits de*

*l'Homme-Guide Pratique sur la recevabilité*, Estrasburgo, 2012.

KÜHN, W. M., «El procedimiento de reexamen ante el Tribunal de Justicia de la UE- Descripción y análisis», *Revista General de Derecho Europeo* núm. 20, febrero de 2010.

LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho de la UE*, 6.ª ed., Colex, Madrid, 2012.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (Dir.), *Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2012.

MORTE GÓMEZ, Carmen, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El Tribunal de Justicia de la UE en el Tratado de Lisboa», *Noticias de la UE*, núm. 291, abril de 2009, pp. 31 y ss.

SOSPEDRA NAVAS, F. J., «Las bases mínimas del estatuto del juez europeo y su proyección en el ámbito comparado e interno», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 44, octubre-diciembre de 2012, pp. 9 y ss.

### Algunas direcciones útiles de Internet.

#### CONSEJO DE EUROPA:

Consejo de Europa: <[www.coe.int](http://www.coe.int)>.

Tratados celebrados en el seno del Consejo de Europa: <[www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)>.

Tribunal Europeo de DH, <<http://www.echr.coe.int>>.

#### UNIÓN EUROPEA:

General: <[http://europa.eu/index\\_es-htm](http://europa.eu/index_es-htm)>.

Derecho de la UE: <[http://europa.eu/eu-law/index\\_es.htm](http://europa.eu/eu-law/index_es.htm)>.

Tribunal de Justicia de la UE: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)>.

ANEXO: SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA EUROPEA RECIENTE EN MATERIA MIGRATORIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES (TJUE Y TEDH)

## TJUE

### Ciudadanía de la Unión

STJUE de 20 de septiembre de 2001, GRZELCZYK, C184/99, Rec. p. I6193, apartados 30 y 31.

STJUE de 17 de septiembre de 2002, dictada en el caso BAUMBAST.

STJUE de 15 de marzo de 2005, BIDAR, C209/03, Rec. p. I2119, apartado 31.

STJUE de 25 de julio de 2008, en el asunto C-127/08, METOCK Y OTROS.

STJUE de 2 de marzo 2010, en el asunto ROTTMANN (C-135/08).

STJUE de 13 de abril de 2010, en el caso BRESSOL Y OTROS y CHAVEROT Y OTROS.  
STJUE de 23 de noviembre de 2010, en el caso TSAKOURIDIS.  
STJUE de 22 de diciembre de 2010, en el caso AGUIRRE ZARRAGA, C-491/10 PPU.  
STJUE de 20 de enero de 2011, en el caso COMISIÓN/GRECIA. C-155/09.  
STJUE de 8 de marzo de 2011, en el caso GERARDO RUIZ ZAMBRANO, C-34/09.  
STJUE 22 de mayo de 2012 en el caso P.I., C-348/09, Libre circulación de personas. Decisión de expulsión. Condena penal. Razones imperiosas de seguridad pública.  
STJUE de 5 de septiembre de 2012, en el caso RAHMANN y OTROS, C-83/11.  
STJUE de 4 de octubre de 2012 en el caso BYANKOV, C-249/11.  
STJUE de 11 de diciembre de 2012 en el caso O.E.A., C-356/ y C-357/11.

### **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UE**

STJUE de 12 de noviembre de 1969, caso STAUDER.  
STJUE de 17 de diciembre de 1970, caso INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT.  
STJUE de 14 de mayo de 1974, en el caso NOLD.  
STJUE de 13 de diciembre de 1979, caso HAUER.  
STJUE de 17 de marzo de 1993, caso SLOMAN NEPTUN.  
STJUE de 22 de octubre de 2009, caso ZURITA GARCÍA Y CHOQUE CABRERA, asuntos C-261/08 y C-348/08. Ver especialmente párrafos 48-56 (Cuestión prejudicial TSJ Murcia).  
STJUE de 23 de diciembre de 2009, caso DETICEK (asunto C403/09 PPU).  
STJUE de 1 de julio de 2010, en el caso POVSE (asunto C-211/10 PPU).  
STJUE de 5 de octubre de 2010, caso J. McB. Asunto C-400/10 PPU.  
STJUE de 9 de noviembre de 2010, caso Volker und Markus Schecke.  
STJUE de 17 de junio de 2010, caso BOLBOL (asunto C-31/09).  
STJUE de 4 de 9 de noviembre de 2010, caso PURRUCKER (asunto C-296/10).  
STJUE de 22 de diciembre de 2010, caso AGUIRRE ZARRAGA.  
STJUE de 22 de diciembre de 2010, caso MERCREDI (asunto C-497/10 PPU).  
STJUE de 1 de marzo de 2011, caso Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL.  
STJUE de 2 de septiembre de 2011, en el caso HENNINGS HENNINGS.  
STJUE de 1 de marzo de 2011, asunto C-457/09, caso CHARTRY.  
STJUE de 8 de marzo de 2011 en el caso Gerardo RUIZ ZAMBRANO (130/2011).  
STJUE 22 de noviembre de 2012, caso PROBST, C-119/12, tratamiento datos personales.

### **FRONTERAS Y VISADOS**

STJUE de 25 de marzo de 2008, en el caso METOCK Y OTROS.  
STJUE de 22 de junio de 2010, caso AZIZ MELKI Y SÉLIM ABDELI, C-188/10 y C-189/10.

STJUE de 10 de abril de 2012, en el caso VO, C-83/12 PPU.

STJUE de 17 de enero de 2013, en el caso ZAKARIA, C-23/12, Código de Fronteras Schengen.

### ESTANCIAS Y RESIDENCIAS

STJUE de 11 de febrero de 2010, caso COMISIÓN/ESPAÑA. As. C-523/08.

STJUE de 14 de mayo de 2009, condenaba a España por haber «*incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad*».

STJUE de 15 de noviembre de 2007. As. C-59/07, condenaba a España por no haber adaptado su derecho interno dentro del plazo establecido.

STJUE de 24 de enero de 2008. As. C-294/06. «Autorización de entrada como estudiante o como “au pair”. Su incidencia sobre el derecho de residencia».

STJUE 21 de junio de 2012 en el caso SOMMER, C-15/11. Normativa de un Estado miembro que supedita la concesión de un permiso de trabajo a los nacionales búlgaros a una evaluación de la situación del mercado laboral.

STJUE 15 de noviembre de 2012 en el caso IIDA, C-40/11.

### EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

STJUE de 14 de abril de 2005, asunto C-157/03, condena a España por imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho a la libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición de un permiso de residencia.

STJUE de 31 de enero de 2006, asunto C-503/03, caso COMISIÓN/ESPAÑA.

STEDH de 8 de febrero de 2006, caso D.D./FRANCIA.

STJUE de 27 de junio de 2006, caso PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO (as. C-540/03).

STJUE de 4 de marzo de 2010 caso CHAKROUN, C-578/08.

STJUE de 16 de junio de 2011, caso PEHLIVAN (as. C-484/07).

STJUE de 29 de septiembre de 2011, caso UNAL (as. C-187/10).

STJUE de 6 de diciembre de 2012, en el caso O y S, C-356/11 y C-357/11, Derecho de residencia permanente en Estado miembro de las madres a las que se ha concedido la guarda y custodia exclusiva de los ciudadanos de la Unión.

### INTEGRACIÓN

STJUE de 7 de Junio de 2006, caso PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO DE LA UE, As. C-540/03..

**DERECHO MIGRATORIO SANCIONADOR UE**

STJUE de 30 de noviembre de 2009, caso KADZOEV, sobre artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 que establece la duración máxima del internamiento a efectos de la expulsión.

STJUE de 28 de abril de 2011, caso HASSEN EL DRIDI, As. C-61/11 PPU, sobre la compatibilidad del derecho interno italiano con la Directiva.

STJUE de 6 de diciembre de 2011, caso ACHUGHBABIAN, se plantea sobre todo la compatibilidad con la Directiva de una normativa nacional (el art. L 621-1 del Code de l'entrée et du séjour des **étrangers** et du droit d'asile (Ceseda) que establece, en caso de estancia irregular, una pena de prisión y una multa.

**RELACIONES CON TERCEROS PAÍSES**

STJUE de 10 de julio de 2008. Asunto C 33/07. Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

STJUE de 19 de julio de 2012, DÜLGER, C-451/11, acuerdo de asociación con Turquía y trabajador turco.

**EL ASILO Y EL REFUGIO EN LA UE**

STJUE de 6 de mayo de 2008, dictada en el asunto C133/06 (PARLAMENTO/CONSEJO), anula los artículos 29, apartados 1 y 2, y 36, apartado 3, de la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado.

STJUE de 17 de febrero de 2009, caso ELGAFAJI, C-465/07.

STJUE de 2 de marzo de 2010, caso SALAHADIN y Otros, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08.

STJUE de 17 de junio de 2010 en el caso BOLBOL, C-31/09.

STJUE de 3 de mayo de 2012 en el caso KASTRATI, C-620/10.

STJUE de 19 de julio de 2012 en el caso ADIL, C-278/12 PPU, supresión controles en fronteras interiores.

STJUE de 14 de junio de 2012 en el caso Association nationale d'assistance aux frontières pour les **étrangers**, C-606/10, Código fronteras Schengen y visado de regreso.

STJUE de 5 de septiembre de 2012, en el caso Y, C-71/11 y C-99/11.

STJUE de 27 de septiembre de 2012, CIMADE Y GISTI, C-179/11.

STJUE de 6 de noviembre de 2012, en el caso K, C-245/11.

STJUE de 22 de noviembre de 2012 en el caso M.M., C-277/11, sistema europeo común de asilo.

STJUE 19 de diciembre de 2012 en el caso ABED EL KAREM EL KOTT Y OTROS, C-364/11, apátrida palestino.

**MATERIA MATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL**

STJUE de 5 de octubre de 2010 en el caso McB, C-400/10 PPU, sustracción internacional de menores y derechos fundamentales.

STJUE de 22 de diciembre de 2010 en el caso MERCREDI, C-497/10 PPU.

STJUE de 22 de diciembre de 2010 en el caso AGUIRRE ZARRAGA, C-491/10 PPU.

STJUE de 22 de abril de 2012 en el caso C., C-92/12 PPU.

### TEDH

#### EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS

STEDH en el caso CONKA/BÉLGICA, 5 de febrero de 2002.

STEDH en el caso Sultani c. France, 20 de septiembre de 2007.

STEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia, 23 de febrero de 2012.

#### EXPULSIONES INDIVIDUALES Y EXTRADICIONES (selección)

STEDH, CHAMAÏEV Y OTROS/GEORGIA Y RUSIA, 12/04/2005, desapariciones forzadas, derecho a la vida.

STEDH SAADI/ITALIA, 28/02/2008, prohibición absoluta de tortura y tratos inhumanos o degradantes.

STEDH BAYSAKOV Y OTROS/UCRANIA, 18/02/2010, trato inhumano si se expulsa a opositores kazajos hacia su Estado de origen.

STEDH OMAR OTHMAN/REINO UNIDO, 17/01/2012, el demandante, también conocido como Abu Qatada, no verá violados sus derechos si se le expulsa a Jordania.

STEDH MANNAI/ITALIA, 27/03/2012, violación de arts. 3 y 34 por haber expulsado a Túnez a esta persona, acusada de asociación de malhechores ligada a grupos islamistas.

STEDH LABSI/ESLOVAQUIA, 15/05/2012, violación de los arts. 3, 13 y 34 de la Convención si se expulsa a esta persona condenado por acto terrorista.

STEDH, M.S.S./BÉLGICA Y GRECIA, aplicación del Reglamento Dublín II, violación por Grecia del art. 3, por las malas condiciones de detención.

#### LA TRATA DE PERSONAS

##### Jurisprudencia sobre la trata en el trabajo doméstico.

El caso Elisabeth KAWOGO (demanda núm. 56921/09), en el cual una tanzana con visado para el Reino Unido válido hasta noviembre de 2006 fue obligada por su empleador a trabajar desde las 7 hasta las 22,30 horas, hasta la terminación de la validez de su visado.

El caso C.N. (demanda núm. 4239/08): Una ugandesa acusa a una persona de haberla obligado a trabajar de modo gratuito, con su documentación confiscada y amenazada de expulsión en varias ocasiones.

STEDH de 26 de octubre de 2005. Caso SILIADIN/FRANCIA. Una togolesa, Siwa-Akofa SILIADIN, demanda a Francia por haber sufrido una situación al menos de servidumbre. Con 15 años llegaba a Francia, con visa turística, acompañada de una francesa de origen togolés, la Sra D.; habían convenido que trabajaría en casa de D. y ésta la escolarizaría y regularizaría su situación migratoria. Por el contrario, D. le confisca el pasaporte y SILIADIN trabajó en su casa sin recibir ningún salario.

**Jurisprudencia respecto a la prostitución forzada.**

STEDH de 28 de junio de 2007. KAYA/ALEMANIA (demanda núm. 31753/02); un turco, culpable de delitos de trata, condenado en Alemania, fue expulsado tras cumplir dos terceras partes de su pena; el Tribunal Europeo juzgó su condena como válida según el Convenio Europeo.

STEDH de 14 de junio de 2011. L.R./REINO UNIDO (demanda núm. 49113/09); el Tribunal decidía borrar cualquier referencia en su registro de entrada porque se logró un arreglo amistoso concediendo a la demandante el estatuto de refugiada y una cantidad económica (en el primero).

STEDH de 28 de junio de 2011. D.H./FINLANDIA (demanda núm. 30815/09); el Tribunal decidía borrar cualquier referencia en su registro de entrada porque se logró un arreglo amistoso, concediendo a la demandante un permiso de residencia permanente.

STEDH de 7 de enero de 2010. RANTSEV/CHIPRE Y RUSIA: La hija del demandante, captada en Rusia, marcha a Chipre como artista a trabajar en un cabaret. Intenta volver a Rusia, es detenida por la policía chipriota pero con el citado dueño; aparece muerta la misma noche, como consecuencia de un extraño accidente (por caída desde un sexto piso) en Limassol. En el momento de los hechos, Chipre no era parte en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos; Rusia no lo es en la actualidad.

**DERECHO A LA VIDA FAMILIAR**

STEDH de 21 de diciembre de 2001, SEN C. PAÍSES BAJOS, de 21 de diciembre de 2001, § 31, «*el artículo 8 [del CEDH] puede engendrar obligaciones positivas inherentes a un “respeto” efectivo de la vida familiar. Los principios aplicables a tales obligaciones son comparables a los que rigen las obligaciones de no hacer. En los dos casos, es preciso procurar establecer un justo equilibrio entre los intereses en liza del individuo y de la sociedad en su conjunto; no obstante, en los dos supuestos el Estado dispone de cierto margen de apreciación*».

Revista de

# Derecho migratorio y extranjería

---

**CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA**

---



# I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

## ASILO

Las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por alguno de aquellos motivos, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución. Se considera que el solicitante podría haberse trasladado a vivir a otro barrio de Kinshasa, ya que de hecho en los 6 años anteriores no había tenido problema alguno y no se había planteado abandonar su país por su condición de homosexual.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **21 de septiembre de 2012**

Recurso de Casación: **75/2012**

Ponente: **Dña. M.ª Isabel Perelló Domenech**

Voz: **Nacional del Congo. Denegación de la solicitud de asilo. Falta de acreditación de la persecución por la condición de homosexual**

La Sentencia de instancia, tras reflejar el contenido del Informe de la Instrucción y hacerse eco de la jurisprudencia de esta Sala, desestima el recurso interpuesto por el ciudadano congoleño hoy recurrente, contra la denegación de su solicitud de asilo, en virtud de la siguiente fundamentación jurídica:

«[...] El recurso interpuesto debe ser desestimado, debiendo confirmarse la resolución impugnada y ello por cuanto ni de los autos, ni del expediente administrativo se desprende que los hechos en los que el recurrente funda su pretensión, puedan incardinarse en la previsión del artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y en la referida Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, faltando constancia fehaciente de su pertenencia a un grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución. Si bien como se ha dicho,

en los procesos que nos ocupan, no es necesaria una prueba plena sobre los hechos que justifiquen su concesión, como señala entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994, 19 de junio de 1998, 2 de marzo de 2000, 1 de abril de 2003 y 13 de mayo de 2004, cuando no existen ni siquiera los indicios suficientes a los que se refiere el artículo 26.2 de la Ley anteriormente citada, no puede tener éxito la concesión de asilo solicitada, y es lo cierto que en el caso de autos tales indicios, como se ha expuesto, no han quedado acreditados, procediendo, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto.

[...] Por último, el recurrente pretende el otorgamiento de la protección subsidiaria prevista en el art. 4 de la Ley. Dicho precepto establece que el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para

obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10, y que no puedan o, a causa de dicho riesgo, no quieran, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de la misma Ley .

Sin embargo el recurrente no ha formulado motivo alguno, fuera de los ya analizados, de suficiente entidad —y menos con carácter de fundados— como para creer que el regreso a su país pudiera determinar riesgo de sufrir tales daños»;

(...)

(...) el relato de hechos expuesto por el recurrente solicitante de asilo se halla incurso en diversas contradicciones:

«La solicitud se fundamenta en unas alegaciones manifiestamente inverosímiles, ya que el relato resulta incongruente en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, por lo que no puede considerarse que el solicitante haya sufrido dicha persecución, sin que se desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

En efecto, las alegaciones del solicitante se consideran inverosímiles por los siguientes motivos:

En primer lugar, no parece coherente que el solicitante se declare a su amigo sabiendo, desde hace varios años, que él no es homosexual.

En segundo lugar, tampoco parece razonable que, aún en el supuesto de que el solicitante le hubiera dicho algo, su amigo se pusiera a gritar hasta el extremo de que acudiera toda la familia, informándoles en ese momento de que su amigo era homosexual, en lugar de decirle tranquilamente que se fuera de su casa, en el supuesto de que le hubiera molestado.

En el mismo sentido, resulta asimismo inverosímil que al oír los gritos acudieran todos los vecinos, ya preparados, llevando palos y piedras para agredir al solicitante.

Por otra parte, se considera que el solicitante podría haberse trasladado a vivir a otro barrio de Kinshasa, ya que de hecho en los 6 años anteriores no había tenido problema alguno y no se había planteado abandonar su país por su condición de homosexual.

Finalmente, llama la atención que el solicitante no se quede a vivir en Congo Brazzaville, país al que se traslada en primer lugar y donde la homosexualidad es legal y, por el contrario, hasta su llegada a España, resida durante varios meses en Camerún, Nigeria, Argelia y Marruecos, países, todos ellos, en los que la homosexualidad es ilegal.

A este respecto, se considera que el hecho de que el solicitante no permanezca en Congo Brazzaville, donde hubiera podido vivir sin problema alguno y donde existe un arraigo cultural y lingüístico, pone de manifiesto que su salida del país responde a unas motivaciones distintas de las alegadas».

A la vista de lo expuesto resulta que la narración fáctica constituye un hecho aislado que se produce en el ámbito privado y en un entorno (barrio) muy concreto, no protagonizado ni promovido por las autoridades de su país de origen, que no parece que llegasen a tener conocimiento del mismo, al no existir constancia de su denuncia. Es por ello por lo que tales hechos no se revelan con entidad suficiente para justificar el abandono de su país a efectos de obtener protección, por cuanto que han podido ser evitados en el país de origen. Dicho en otras palabras, hemos de concluir que los actos de discriminación a los que hubiera podido haberse visto sometido el recurrente, se limitarían a un entorno privado y carecerían de la gravedad necesaria para aparecer como constitutivos de una persecución protegible, a los efectos de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951.

Por otro lado, la huida del recurrente a un país limítrofe en el que, según los datos manejados en el expediente administrativo, no exis-

te discriminación o persecución derivada de la orientación sexual, revela una razón más, con-

vincente de la carencia de fundamento de la petición de asilo en España.

**El ahora recurrente en casación no ha acreditado suficientemente la existencia de una auténtica persecución contra su persona. No existe una discriminación generalizada y organizada contra miembros de la comunidad de gays y lesbianas, sin perjuicio de que puedan darse actos aislados de discriminación. El solicitante de la protección no ha aportado prueba suficiente, ni siquiera indiciaria que respaldase el relato fáctico en que basa su petición.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **21 de septiembre de 2012**

Recurso de Casación: **65/2012**

Ponente: **Dña. M.ª Isabel Perelló Domenech**

**Voz: Nacional de Nicaragua. Denegación de la solicitud de asilo. Falta de acreditación de los requisitos establecidos para la concesión del asilo. Inexistencia de indicios de persecución por la condición de homosexual**

Argumenta el recurrente en torno a las dos causas que determinaron, según él, la desestimación del recurso, en los siguientes términos:

1) Respecto de la falta de acreditación de la existencia de persecución en su país por su orientación homosexual, alega que del expediente se deduce claramente que se sufrió no sólo la persecución sufrida por los homosexuales en Nicaragua en 2004/2005 sino que particularmente recibió un trato persecutorio tanto social como por parte de las autoridades de Nicaragua, que lejos de darle protección, también cometieron abusos y discriminaciones contra su persona por su condición sexual. Destaca el recurrente que si bien desde 2008 la sodomía ya no está penalizada en el código penal nicaragüense, en 2005, cuando huyó de su país y solicitó asilo, sí lo estaba. También alega que el cierre del local que tenía abierto no fue por ser night club teniendo el sólo licencia para un bar, sino por ser un bar para homosexuales. Alude a un informe de la Embajada de España de 16 de abril de 2008 obrante en el expediente que confirma sus afirmaciones respecto de las condiciones existentes para los homosexuales en su país en 2005.

2) Respecto de no considerar la sentencia de instancia que la circunstancia de ser homosexual en Nicaragua sea calificable como de

especial inseguridad o conflictividad, alega que esa valoración, referida al año 2005, vulnera las normas de la sana crítica en la valoración de la prueba, llevando a cabo el juzgador una valoración de los datos acreditados en autos que es arbitraria e irrazonable.

Afirma el recurrente que, en este caso, nos encontramos ante una persecución por motivos de género ante la que no encuentra protección en su país y que es de las contenidas en la Convención de Ginebra.

(...)

Resulta determinante a estos efectos, un contexto social de grave desprotección y persecución por razón de su orientación homosexual (SSTS de 29 de septiembre de 2006, RC 4511/2003, y 28 de noviembre de 2008, RC 5265/2005), por lo que se ha de examinar cada caso de forma individualizada y determinar si, en definitiva, puede considerarse acreditada (al nivel indiciario requerido en esta materia según constante jurisprudencia y a la vista de los elementos probatorios aportados por el solicitante de asilo) una persecución por tal razón que merezca el reconocimiento de la condición de refugiado. Desde esta perspectiva casuística, y descendiendo a la contemplación del asunto aquí planteado, el ahora recurrente en casación no ha acreditado suficientemente la existencia

de una auténtica persecución contra su persona, y tanto el informe de la Embajada de España en Managua como el de la Instrucción, por remisión a aquél, indican que no hay antecedentes de condenas a personas por la práctica de la sodomía, debido a que se trata de una disposición legal en desuso, existiendo un nuevo Código Penal, que entra en vigor en febrero de 2008, que no penaliza las relaciones homosexuales. Añade dicha documentación que no existe una discriminación generalizada y organizada contra miembros de la comunidad de gays y lesbianas, sin perjuicio de que puedan darse actos aislados de discriminación, toda vez que la sociedad va avanzando hacia una mayor tolerancia y apertura hacia dicho colectivo. Por todo ello no puede sino concluirse en que los actos de discriminación a los que hubiera podido haberse visto sometido el recurrente, se limitarían a un entorno privado y carecerían de la gravedad necesaria para aparecer como constitutivos de una persecución protegible, a los efectos de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951.

Por otro lado, las circunstancias personales del recurrente no impidieron su salida y estancia en Costa Rica, lo que revela una nueva razón más, convincente de la carencia de fundamento de la petición de asilo en España.

Partiendo, pues, de la base de que el relato del recurrente se encuentra desprovisto del menor soporte documental, debería haber desarrollado al menos una actividad probatoria adecuada sobre la situación de su país de origen, que permitiera dar por cierto la situación generalizada de hostigamiento social que sufrían el colectivo mencionado.

En definitiva, al apreciar la Sala de instancia la manifiesta carencia de elementos de prueba que respaldasen el relato del recurrente, ni siquiera de forma indiciaria, hemos de entender que la Sala de instancia no infringió las normas que se mencionan como vulneradas en el escrito de interposición del recurso de casación.

Todo el alegato del recurrente gira en torno al acoso y hostigamiento que ha sufrido en su

país por su condición sexual, pero no pudiéndose tener por cierto este aserto, mal cabe acudir al mismo para justificar la aplicación del precepto que se cita como infringido.

Y, siguiendo la línea que hemos apuntado en ocasiones anteriores, debemos añadir que nada ha hecho la parte recurrente para contrarrestar el tajante juicio de la instrucción del expediente administrativo y de la misma Sala de instancia sobre el relato del hoy recurrente.

Correspondía a dicha parte rebatir esas razones, y, en su lugar, en el escrito de interposición se limita a repetir los argumentos de la demanda y manifestar brevemente que no está de acuerdo con la conclusión alcanzada por la Sala y con las razones en que la misma se basa, si bien, realmente no intenta rebatir la concreta fundamentación jurídica de la sentencia impugnada en casación.

Ha de matizarse sin embargo, que la sentencia de instancia no desconoce ni infringe la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la inexigibilidad de prueba plena y suficiencia de la indiciaria en materia de asilo, al contrario, la recoge y asume expresamente en su sentencia, siendo precisamente en su aplicación por lo que desestima la pretensión actora, habida cuenta de que el solicitante de la protección no ha aportado prueba suficiente, ni siquiera indiciaria que respaldase el relato fáctico en que basa su petición.

Efectivamente, para poder rebatir o desvirtuar este juicio del Tribunal *a quo*, hubiera sido necesario que se combatiese la apreciación de los hechos realizada por la Sala de instancia en la única forma posible de hacerlo en casación, es decir, alegando que la apreciación de las pruebas, realizada por dicha Sala, es ilógica, irracional o arbitraria, y conculca las reglas sobre la prueba tasada o principios generales del derecho; o bien, hubiera sido necesario que se denunciara una indebida aplicación del concepto jurídico «indicios de persecución», pero nada de eso se ha hecho en este recurso de casación, por lo que no cabe sino desestimar el mismo.

El interesado nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal susceptible de ser incardinada en el régimen jurídico de asilo, no apareciendo datos sobre sus pretendidas actividades opositoras en fuentes fiables, caracterizadas por su exhaustividad en la documentación de incidentes que afectan al movimiento independentista saharauí. Además, el ahora actor recabó protección internacional en el momento de tener dictada una orden de expulsión, lo que integra un contra indicio desfavorable a su tesis.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **27 de septiembre de 2012**

Recurso de Casación: **1232/2012**

Ponente: **Dña. M.ª Isabel Perelló Domenech**

Voz: **Derecho de asilo. Campamento saharauí: indicios de persecución**

«En el presente informe trataremos de valorar, con lo manifestado por el solicitante, la documentación aportada y la información disponible de país de origen, las posibles actuales necesidades de protección del solicitante.

En relación con las detenciones alegadas por el interesado con anterioridad a los hechos del día 8 de noviembre de 2010, esta Instrucción ha consultado las fuentes [www.arso.org](http://www.arso.org), [www.spsrasd.info](http://www.spsrasd.info), la relación de presos políticos saharauíes que mantiene actualizada la Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharauíes (AFAPREDESA), el Colectivo de Defensores Saharauíes de Derechos Humanos (CODESA) y la Asociación Saharauí de Víctimas de Violaciones graves de Derechos Humanos cometidas por el Estado Marroquí (ASVDH) estas fuentes son claramente pro independentistas y en algunas ocasiones se han observado algunas informaciones que dan interpretaciones excesivamente parciales e incluso distorsionadas de los hechos denunciados; su gran virtud es el nivel de detalle con el que informan sobre los sucesos acontecidos, aportando listados de detenidos, heridos, domicilios allanados, personas juzgadas, condenadas, liberadas, etcétera. En ocasiones el notable nivel de detalle de estas informaciones alcanza a incidentes muy menores, caso de meras retenciones, en las que se indican los nombres de las personas afectadas.

Estas fuentes en ningún momento citan al solicitante como víctima, no ya de detenciones

por motivos políticos, sino de otras formas de abuso menos graves. Esto es sustancialmente contradictorio, ya que, por ejemplo, en el año 2005 contando el solicitante con apenas 13 años, indica haber sido detenido en una comisaría durante dos días, siendo esta violación de derechos particularmente grave, por la minoría de edad, algo que difícilmente puede no ser recogido por las fuentes mencionadas.

Desde luego, si participó en alguna manifestación, especialmente expuesta, ni fue golpeado, ni detenido, ni tuvieron lugar las condiciones que lo hiciesen visible y reconocible marroquíes. La persecución individualizada, por muy arbitraria e injusta que sea, debe de tener un detonante que de alguna forma determine una atención específica y personalizada de esas autoridades hacia la persona del solicitante.

Por otro lado, en relación con la presencia del solicitante en el campamento de Gdeim Izik, cabe decir lo siguiente:

Por un lado, según opinión común de las fuentes informativas, en el campamento de Gdeim Izik llegó a haber en torno a 20.000 personas.

Human Rights Watch realizó una visita a El Aaiun entre los días 12 a 16 de noviembre de 2010 y afirma que por esos días más de cien personas permanecían detenidas, afirmando que llegó a haber varios centenares de detenidos a raíz de los hechos del día 8.

Amnistía Internacional afirma tras su visita a El Aaiun los días 24 y 25 de noviembre de 2010

que había un total de 127 personas saharauis a raíz de los hechos del día 8 de noviembre.

Por otro lado, según afirma ASVDH en informe fechado el 4 de enero de 2011 (Rapport de l'ASVDH sur le campement de Gdeim Izik et les événements qui ont suivi son démantèlement), hay en la actualidad 151 personas en prisión a causa de los hechos acontecidos tras el desmantelamiento del campamento.

Además, la población saharauí residente en el Sahara occidental es en la actualidad no superior a las 70.000 personas.

Recordemos que la enviada especial del diario el Mundo afirma en la edición digital de este periódico del día 25 de noviembre de 2010 (apenas dos semanas después de los acontecimientos del día 8 de noviembre) que los hijos de Julia, la más destacada activista saharauí independentista, regresaron al colegio el lunes 22 de noviembre de 2010.

En el informe de CODESA sobre los hechos del campamento de Gdeim Izik y los días posteriores, pueden observarse igualmente listados minuciosos de presos que continúan en las distintas cárceles, de personas que fueron detenidas y liberadas días después, de personas que sufrieron lesiones de algún tipo, de domicilios familiares allanados y otra serie de categorías. En ninguna de ellas se encuentra el solicitante o su familia.

(...)

Como vemos en según el presente informe, durante el desalojo del campamento y los días posteriores, se vivieron situaciones muy graves y numerosas. Pero no es menos cierto que, por un lado las datos que tenemos sobre ellas son muy extensos y por otro lado no es menos cierto que la vuelta a paulatina la normalidad, una normalidad muy tensa si se quiere decir, ha sido constante. Y, de las propias fuentes, podemos decir que lejos de producirse nuevas detenciones, lo que se están produciendo es paulatinas liberaciones, algo que continúa lejos de lo deseable, más de 175 personas están aún en prisión por estos hechos, pero que hace poco creíble, junto con todo lo expuesto, que los solicitantes tengan las necesidades de protección manifestadas.

A la vista de estos datos, esta Instrucción entiende que no existen indicios que indiquen que las autoridades marroquíes persiguen de manera sistemática y generalizada a la población saharauí a causa de su origen étnico. Y que desde mediados de noviembre el número de personas encarceladas desde el día 8 de noviembre permanece estable. Recordemos que una decena de miembros de las fuerzas de seguridad marroquíes murieron de forma violenta el día 8.

A la vista de estos datos, esta Instrucción entiende que las autoridades marroquíes no han considerado que cada persona acampada en Gdeim Izik sea susceptible de ser detenida y eventualmente imputada.

A la vista de los datos contenidos en las fuentes informativas, podemos afirmar que las autoridades marroquíes sí han centrado sus detenciones en las personas que se significaron en la organización del campamento así como aquellas otras que mostraron resistencia a la acción de su desmantelamiento y durante los hechos posteriores acontecidos en la ciudad de El Aainu. Esta Instrucción entiende también que aquellos saharauíes que ya se habían significado previamente ante las autoridades marroquíes como independentistas, es decir, quienes habían sufrido alguna detención previa a causa de su activismo político, podían ser también objeto de detención.

Por otro lado, cabe destacar, que tras los sucesos del desmantelamiento del citado campamento, que recordemos que sucedió el 8 de noviembre de 2010, las alegaciones se vuelven vagas e imprecisas, sin indicar apenas donde ha estado, como ha vivido, si contactó con su familia o cualquier otro aspecto que aporte un mínimo de verosimilitud a los cinco meses que han transcurrido desde los hechos.

En este sentido, indicar, que si el solicitante no fue buscado en los momentos siguientes a los mencionados sucesos, resulta poco creíble que vaya a ser buscado 5 meses después, cuando la situación está volviendo paulatinamente a la normalidad.

A mayor abundamiento, hay que señalar que la solicitud se ha presentado teniendo incoada una orden de expulsión del territorio nacional,

o que implica el carácter fraudulento de la misma, al querer utilizar la vía del asilo para obviar la normativa general en materia de extranjería, presunción que no ha sido destruida por el solicitante, toda vez que ni siquiera aporta razones para intentar justificar el momento de presentación de la solicitud.

(...)

Por su parte, el informe de ACNUR de 5 de abril de 2011 no sólo afirma que la información sobre los hechos ocurridos el 8 de noviembre de 2010 en el campamento de Gdeim Izik es escasa, y cuya extrema gravedad revela la actual situación crítica que se estaría produciendo en el Sahara Occidental, sino que también considera que las alegaciones del solicitante no resultan inverosímiles.

A su vez, el informe de ACNUR de 8 de abril de 2011 señala que no existen contradicciones entre las alegaciones del solicitante, añadiendo a lo expresado en el anterior informe que el hecho de que el nombre del interesado no aparezca en determinadas fuentes informativas no implica que los problemas que dice haber tenido con las autoridades marroquíes no hayan tenido lugar, por todo lo cual recomienda la admisión a trámite de la solicitud a fin de llevar un estudio en profundidad de la necesidad de protección internacional.

La solicitud del recurrente está basada en que el interesado sufrió hasta cuatro detenciones entre los años 2005 y 2010, a causa de su activismo político, sin embargo, resulta determinante que no se encuentre referencia alguna sobre el interesado en las abundantes fuentes informativas disponibles sobre su país de origen consultadas por la OAR, resultado esta ausencia informativa una contradicción sustancial.

A la vista de las manifestaciones del hoy recurrente, resulta que su relato se nos aparece genérico, vago e impreciso tanto en los motivos que provocaron la persecución como en la forma en que ésta se produjo. Según la información

disponible de su país de origen, la mera pertenencia a este colectivo no determina necesariamente la existencia de persecución ni justifica suficientemente un temor fundado a sufrirla.

Conviene efectuar una precisión en relación con los informes de ACNUR, y es que ellos estiman recomendable que la solicitud de protección internacional del recurrente sea admitida a trámite con el fin de llevar a cabo un estudio en profundidad de la posible necesidad de protección internacional, que no constatan en su informe, y, por tanto, no podemos tener por acreditada y así determinar la veracidad y alcance de la situación personal del solicitante.

(...)

El recurrente dice haber dado datos precisos sobre la persecución que —afirma— ha sufrido, pero basta leer el sucinto relato que aportó al pedir asilo para constatar su carácter genérico, vago e impreciso. Realmente, el entonces solicitante y ahora recurrente, más que exponer una persecución personal contra él por motivos protegibles, se limitó a invocar la situación general de Costa de Marfil; y es precisamente en este punto donde se centra el escrito de interposición del recurso de casación, dado que las alegaciones del recurrente se reducen a una manifestación de discrepancia frente a las apreciaciones de la Sala de instancia sobre la evolución de la situación sociopolítica de Costa de Marfil. Así, mientras el Tribunal a quo considera que esa evolución ha sido positiva y permite descartar la existencia real de la persecución relatada por el recurrente, este entiende lo contrario y afirma que esa situación era y sigue siendo convulsa. Empero, al razonar así, olvida el recurrente que según jurisprudencia uniforme la valoración por el Tribunal *a quo* de los elementos de prueba aportados en el proceso no puede ser revisada en casación, salvo en circunstancias excepcionales que en este caso no se razonan en modo alguno.

**Denegación del derecho de asilo a ciudadano colombiano. Ausencia de indicios suficientes de concurrencia de circunstancias justificativas. Recurso de casación: Motivos. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales. Incongruencia omisiva. Inexistencia. Impugnación de la valoración de la prueba. Arbitrariedad o irracionalidad. Inexistencia. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **28 de septiembre de 2012**

Recurso de Casación: **4646/2011**

Ponente: **Dña. M.<sup>a</sup> Isabel Perelló Domenech**

Voz: **Denegación de asilo a ciudadano colombiano: ausencia de elemento probatorio de la persecución alegada**

Así pues, según el Informe del Instructor, el documento aportado por el solicitante aparentemente expedido por la Fiscalía General de la Nación es falso.

En cuanto los escritos de amenazas, se señala por la Instrucción que la autoría de las hojas que documentan las amenazas es difícilmente atribuible a las FARC, en los que destaca su carácter formal, casi administrativo, así como el enorme cuidado en la impresión de los símbolos distintivos, que indican una cierta planificación administrativa suficientemente pulcra como para poder redactar con hermosa letra y correcta redacción una amenaza de muerte, que contrastan con los más habituales escritos groseros y agresivos, sin tratamiento formal alguno, redactado por manos vacilantes tanto en lo que a la ortografía se refiere como en la caligrafía, propia de personas escasamente formadas y empleando papeles sin símbolos o impresiones, simples folios en blanco. En cuanto al resto de certificados municipales que intentan documentar las supuestas denuncias sufridas, no se aportan al expediente contestación alguna de dichas denuncias por parte de las autoridades receptoras de las mismas.

Informe que debe ser acogido en su totalidad por la Sala, puesto que no se ha desvirtuado en ninguna de sus apreciaciones, dado que a pesar de haberse dado lugar al recibimiento a prueba, se solicitó como prueba documental: el expediente administrativo, informe sobre la situación general de los campesinos en las localidades que cita e informe del ACNUR.

Por tanto, en ningún momento combate la falsedad de los documentos y las demás objeciones contenidas en la resolución para denegar el derecho pretendido y no aporta ningún elemento probatorio de los aspectos esenciales de los hechos o circunstancias constitutivas de la persecución alegada.

En definitiva, la falsedad en los documentos citados convierte en inverosímil la persecución alegada en la petición de asilo formulada por los recurrentes.

Además, la situación política de un país, incluso en guerra civil, en sí mismo, no es causa para el reconocimiento del derecho pretendido, como tiene unánimemente reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así ha sido recogida en innumerables sentencias de esta Sala.

En concreto, la persecución proveniente no de las autoridades del país, o producto de un régimen político no respetuoso con los derechos humanos, sino el temor a la actuación de distintas facciones armadas (guerrilla, paramilitares, narcotráfico, etc.), como es el caso de cientos de ciudadanos colombianos, según ha declarado reiteradamente esta Sala, queda fuera de la protección otorgada por la Convención de Ginebra de 1951 y leyes españolas citadas para obtener el estatuto especial de refugiado, porque aunque si bien el peligro de agresión a la integridad física, incluso la vida, la libertad y el patrimonio es cierto y real ante la caótica situación política y social que actualmente vive dicho país, en la mayoría de los casos la persecución no es perso-

nal e individualizada, sino que se extiende y se ejercita de forma indiscriminada, de tal suerte que puede eludirse desplazándose el afectado a otro punto del país donde no operan esos grupos y está en condiciones de encontrar una mayor protección de la autoridad legítima, como así lo reconoce el Informe aportado a los autos por la parte actora de la UNHCR, de 22 de septiembre de 2002, con lo que denomina «huida interna».

Es por ello, que de todo lo actuado, tanto en el expediente administrativo, como en este procedimiento, al que se han unido varios documentos todos ellos referidos a la situación general del país, no se ha aportado elemento de convicción probatorio, o al menos, con valor de

indicios suficientes (como permite el art. 8.º de la Ley 5/1984), según la naturaleza del caso, para deducir que el solicitante se encuentra injustamente perseguido en su país por profesar ideas o creencias determinadas, de forma que su vida.

Respecto de la aplicación de lo establecido en el art. 17.2 la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, autorización a la permanencia en España, por razones humanitarias, la Sala, no aprecia que concurren una situación especial en la peticionaria de asilo que la haga diferente a los cientos de personas que huyen de países en situaciones similares o peores a las del recurrente.

**Extranjeros: Derecho de asilo. Denegación. Sirio kurdo. Confusión en el relato. Atribución de afirmaciones que nunca hizo. Estimación del recurso de casación y estimación parcial del recurso contencioso-administrativo desde la perspectiva de la protección por razones humanitarias. Situación sobrevenida en Siria. Posibilidad de valorar a estos efectos los acontecimientos posteriores a la solicitud de asilo.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **18 de octubre de 2012**

Recurso de Casación: **875/2012**

Ponente: **Dña. M.ª Isabel Perelló Domenech**

Voz: **Derecho de asilo. Nacional sirio: protección por razones humanitarias**

Consta en el expediente administrativo que el ahora recurrente en casación solicitó asilo el 21 de agosto de 2008 en la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en Ceuta, manifestando ser nacional de Siria y de etnia kurda. Con tal motivo, se le tomó declaración a fin de que expusiera los motivos de persecución en que basaba su solicitud, recogiendo por el funcionario actuante su exposición en los siguientes términos (...):

«Declara el interesado que vivía en la localidad de Ain Arab junto a sus padres y seis hermanos y todos son de la etnia kurda. Dice que regentaba un local de venta de recambios de coche. Dice que el pueblo kurdo en Siria está marginado por las autoridades y todos sus derechos son sistemáticamente pisoteados por éste, a los kurdos se les prohíbe hablar en su idioma, así como desarrollar su cultura y sus costumbres

en público; se les margina en el plano laboral, sanitario y en el ámbito escolar frente al resto de la población de mayoría árabe. Dice que él creció en este clima de desprecio hacia el pueblo kurdo y por esta razón y llevado por su ansia de luchar por sí mismo primero como kurdo y por su pueblo se afilió a un partido político kurdo llamado «azadi akrad siria» para dentro de él llevar a cabo su aportación a la lucha por los derechos de su pueblo. Se encargaba junto a otros tres chicos de repartir de manera clandestina la prensa y las publicaciones que el partido producía entre la población kurda de Ain Arab; dice que este trabajo era muy peligroso porque los servicios secretos sirios siempre están al acecho de las personas que se encargan de divulgar la propaganda que es de índole subversiva para el gobierno sirio. A pesar de la peligrosidad del trabajo él estaba convencido de que estaba

ayudando a su pueblo a lograr sus propósitos. Dice que el secretario general de su partido se llama Kheireddine Mourad, que actualmente está exiliado en Noruega. Un ejemplo de cómo los kurdos son menospreciados en su país es el hecho de que su hermano Haraz fue expulsado del colegio por mantener un minuto de silencio en conmemoración de los muertos kurdos que cayeron en los acontecimientos del año 2004 en la ciudad de kamelshi, donde hinchas árabes atacaron a hinchas kurdos en un partido de fútbol con ayuda de las fuerzas de seguridad que causaron muertos y heridos.

En el año 2006 fue llamado a filas para cumplir con el servicio militar obligatorio y fue destinado a la capital Damasco, dice que también en el ámbito castrense la prohibición de utilizar la lengua kurda y las costumbres es también patente. Cuenta que cuando llegaba el día de la fiesta kurda del niruz y solicitaban los soldados kurdos permiso para poder festejar ese día con sus familias, los mandos les denegaban los permisos argumentando que esa fiesta no existe en Siria; dice que dentro del cuartel a los kurdos solo se les otorgaban trabajos que no tenían ninguna relación con armas de fuego o con estrategias militares. Se licenció en abril del 2008, volvió a su casa y a su actividad comercial y también volvió a su actividad política en el partido. El 21/06/2008 uno de sus compañeros de partido llamado Gaspar fue detenido por elementos de los servicios secretos sirios y otro de sus compañeros fue quien le dijo que lo más seguro es que el compañero detenido sería torturado y les diría los nombres de todos ellos y que no tardarían en ir a detenerles, él le dijo que tenían que esperar instrucciones del partido antes de tomar cualquier decisión y la decisión no tardó en llegarles aconsejándoles la salida inmediata de siria porque estaban en el punto de mira de las fuerzas de seguridad sirias. Habló con su familia y su padre también le aconsejó la huida y él y sus dos compañeros el día 21/06/2008 cruzaron la frontera de siria y entraron en Líbano, ya que uno de sus compañeros conocía bien este país y tenía contactos en él. En Líbano estuvo casi un mes para posteriormente el día 18 de julio de 2008 él y su primo Juan Francisco tomaron un barco que los condujo hasta las costas de Ceuta.

Desea añadir que su padre también es un activista político, hecho éste que le costó seis meses de cárcel por el año 2003 pero tras esos seis meses tuvieron que ponerlo en libertad por no encontrar pruebas contra él, a pesar de ello sigue siendo un activista político en lucha por su pueblo pero que lo mantiene en secreto incluso para su familia para no ocasionarles problemas con autoridades.

Solo quiere decir que está muy agradecido al gobierno español por la manera que le han acogido y el trato dispensado hasta el día de hoy».

(...)

Finalmente, por resolución de fecha 30 de junio de 2009 se acordó denegar el asilo en España a D. Juan Francisco, por las siguientes razones (...):

«El relato del solicitante resulta genérico, impreciso y contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, y contradice hechos y circunstancias suficientemente acreditados según la información disponible sobre su país de origen y la recogida en el expediente, por lo que puede razonablemente dudarse de la veracidad de tal persecución, sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido, o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Basa su petición en alegaciones de persecución como consecuencia de su pertenencia a una determinada organización y de su actividad como miembro de la misma, sin que haya sido capaz de proporcionar sobre tal organización la información que cabría esperar de uno de sus miembros en las circunstancias personales del solicitante, por lo que puede razonablemente dudarse de la veracidad de la persecución alegada, en la medida en que ésta es consecuencia de las mencionadas pertenencia y actividad, y sin que se desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que tal persecución haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Los elementos probatorios aportados en apoyo de sus alegaciones no puede considerarse prueba o indicio de la persecución alegada,

ya que, acreditan sólo circunstancias personales del solicitante que, en sí mismas, y según la información disponible sobre su país de origen, no determinan necesariamente la existencia de persecución ni justifican un temor fundado a sufrirla.

Por lo anterior, no se aprecia la existencia de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas que permitan reconocer la condición de refugiado, tal y como exige el artículo 1.A.2, párrafo

primero, de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y conforme a lo dispuesto en el artículo I.2 del Protocolo de Nueva York de 1967, sobre dicho Estatuto, Instrumentas Internacionales ambos a los que expresamente se remite el artículo 3 de la Ley de Asilo.

Por otra parte, no se desprenden razones humanitarias o de interés público para autorizar la permanencia en España al amparo del artículo 17. 2 de la Ley de Asilo».

**Extranjeros: Derecho de asilo. Denegación. La situación general de conflicto o inseguridad en el país del recurrente, nacional de Costa de Marfil, no es por sí sola causa suficiente para la concesión de asilo, requiriéndose probar indiciariamente la existencia de concreta persecución. Relato inexacto y contradictorio. Falta de prueba de persecución. Recurso de casación: Naturaleza jurídica. Carácter extraordinario. Imposibilidad de revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **26 de octubre de 2012**

Recurso de Casación: **2609/2012**

Ponente: **Dña. M.ª Isabel Perelló Domenech**

Voz: **Denegación del derecho de asilo a nacional de Costa de Marfil: falta de prueba de la persecución alegada**

La sentencia ahora impugnada, después de referir la normativa y doctrina aplicable al derecho de asilo, expuso extensamente el relato fáctico aportado por el interesado y el informe del instructor del expediente. En base a estos elementos, razonó en términos que debemos resumir del modo que sigue:

«[...] En la demanda de este recurso se alega la concurrencia de los requisitos para que le sea reconocida al recurrente la condición de refugiado, sin embargo, no se aporta elemento de prueba alguno tendente a acreditar, o tratar de acreditar, la certeza de hechos constitutivos de persecución individualizada sufrida en su país o del temor fundado a sufrirla de regresar al mismo, ni siquiera se acredita ni justifica la falta de acreditación de la identidad del recurrente, lo cual resulta sumamente extraño cuando se han aportado otros documentos de identidad de sus padres, incluso un carné de su esposa, y más tra-

tándose de un marfileño, por la facilidad que tienen habitualmente en conseguir documentación por parte de las autoridades de su país. De tal manera que se denuncia vulneración de la Ley reguladora del Asilo sobre la base de un relato fáctico absolutamente huérfano de cualquier elemento probatorio, ni siquiera indiciario, que permita otorgar verosimilitud a los motivos expuestos en justificación de la petición de asilo, relato en el que, por el contrario, se aprecian contradicciones así como aspectos cuya veracidad ha quedado claramente cuestionada, tal como se expone detalladamente en el Informe de Instrucción.

Así pues, no habiendo quedado desvirtuados los razonamientos de la resolución impugnada, los cuales encuentran apoyo en el Informe de Instrucción obrante en el expediente, fundamentados en los informes existentes sobre la situación en Costa de Marfil, a los que se hace referencia

en el informe del ACNUR de julio de 2007, no cabe apreciar la existencia de una real situación de persecución por razón de su pertenencia a un determinado grupo religioso, étnico o social.

[...] Dadas las circunstancias concurrentes en el recurrente, arriba expuestas, las irregularidades apreciadas en la documentación aportada, y que dice haber vivido cuatro años en Guinea Conakry, desde donde vino a España, pasando por Malí, Argelia y Marruecos, no cabe apreciar la concurrencia de los presupuestos que justifican la aplicación del artículo 17.2 de la Ley 5/1984.

[...] Por otra parte, la situación de Costa de Marfil en la actualidad parece haber cambiado notablemente respecto de la que se generó tras las elecciones presidenciales de noviembre de 2010, tal como se refleja en el informe aportado por el Abogado del Estado sobre el país de origen, de junio de 2011. [...] Se hace mención a los intentos del actual presidente por restablecer el orden y la reconciliación nacional, así como a las consultas a distintas fuentes, que ponen de manifiesto que la situación general de seguridad tiende a mejorar, aunque continúan los incidentes; se está produciendo un lento retorno de desplazados, siendo responsables de la violación de los derechos humanos durante la crisis postelectoral los cuerpos y fuerzas de seguridad.

En suma, pues, cumplidos los requisitos y trámites previstos en la normativa reguladora, no apreciando la Sala motivos que acrediten la existencia de persecución, o su temor fundado a padecerla, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho a asilo, conforme a lo previsto en el artículo 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1.951, sobre el Estatuto de los Refugiados, y en el artículo 1.2 del Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, Instrumentos internacionales ambos a los que expresamente se remite el artículo 3 de la Ley de Asilo, y no apreciándose tampoco motivos relevantes que permitan acceder a la permanencia en España del recurrente por las causas previstas en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, procede desestimar el recurso».

(...)

Debemos subrayar, con carácter previo, que dicha situación general de conflicto o inseguridad no justifica, por sí sola, la concesión de asilo, pues este requiere la existencia de fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Tal situación generalizada debe valorarse, sin embargo, ante la autorización de residencia en España por motivos humanitarios, la cual constituye la pretensión subsidiaria del recurrente. En este sentido, hemos dicho en las Sentencias de 21 y 23 de mayo, 22 de junio y 21 de septiembre, todas de este año 2012 (RC 4102/2011, 4699/2011, 4112/2011 y 75/2012) que:

«(...) cuando se trata de valorar la concesión del asilo y el consiguiente reconocimiento del derecho a la obtención del estatuto de refugiado, adquiere una relevancia primordial la valoración del relato personal de persecución expuesto por el solicitante de asilo, pues según jurisprudencia constante las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por alguno de aquellos motivos, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.

Cuando se trata de valorar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, no se requiere la constatación de una persecución individual (que en caso de acreditarse suficientemente darían lugar sin más a la concesión del asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen, que permitirá aportar datos idóneos para valorar la posible aplicación de la situación de los «conflictos o disturbios graves de carácter polí-

tico, étnico o religioso» a que concretamente se refiere ese artículo 17.2 (en este sentido, SSTS

de 8 de julio de 2011, recurso de casación n.º 1587/2010, y las que en ella se citan)».

**Asilo: Determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. Razones humanitarias. Estado miembro que se convierte en Estado miembro responsable asumiendo las obligaciones de examinar la solicitud de asilo. Información al Estado miembro anteriormente responsable.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **6 de noviembre de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-245/11**

Ponente: **Sr. Larsen**

Voz: **Solicitud de asilo. Examen. Determinación del Estado miembro responsable. Cláusula humanitaria**

K entró de manera irregular en Polonia, procedente de un tercer país, y presentó allí, en marzo de 2008, una primera solicitud de asilo.

Sin esperar a que finalizase el examen de dicha solicitud de asilo, abandonó a continuación el territorio polaco y entró de forma irregular en Austria, donde se reunió con uno de sus hijos mayores de edad, quien disfrutaba ya allí del estatuto de refugiado junto a su esposa y a sus tres hijos menores de edad.

En abril de 2008, K presentó en Austria una segunda solicitud de asilo.

Según el Asylgerichtshof, ha quedado acreditado que la nuera de K se encuentra en una situación de dependencia respecto a ella debido al nacimiento reciente de un hijo así como a la grave enfermedad y a la minusvalía importante que sufre a raíz de un acontecimiento traumático serio ocurrido en un tercer país. Si este suceso llegase a descubrirse, la nuera estaría en peligro de sufrir graves malos tratos por parte de los miembros masculinos de su entorno familiar, debido a tradiciones culturales que pretenden restablecer el honor de la familia. Desde que K ha vuelto a encontrarse con su nuera en Austria es su consejera y su amiga más íntima, debido no sólo a los vínculos familiares que las unen sino también al hecho de que K posee la experiencia profesional adecuada.

Al considerar que la República de Polonia es responsable del examen de la solicitud de asi-

lo presentada por K, las autoridades austriacas pidieron a dicho Estado miembro que la readmitiese.

En respuesta a dicha petición, las autoridades polacas, sin pedir a las autoridades austriacas que se hiciesen cargo de K con arreglo al artículo 15 del Reglamento n.º 343/2003, aceptaron readmitirla conforme al artículo 16, apartado 1, letra c), de ese mismo Reglamento.

En estas circunstancias, mediante resolución de 16 de julio de 2008, el Bundesaylamt denegó la solicitud de asilo presentada por K en Austria debido a que el Estado miembro responsable para pronunciarse sobre dicha solicitud era la República de Polonia.

K interpuso ante el Asylgerichtshof un recurso contra esta resolución denegatoria.

Basándose en la apreciación de que, en principio, la República de Polonia es competente para pronunciarse sobre la solicitud de asilo de K, dado que fue la frontera de ese Estado miembro la que K atravesó irregularmente en primer lugar procedente de un tercer país, el referido órgano jurisdiccional estima además que, en una situación como ésta de la que conoce, debe tomarse en consideración la posible aplicación del artículo 15 del Reglamento n.º 343/2003 o de su artículo 3, apartado 2. Pues bien, la aplicación de una u otra de esas disposiciones daría lugar a que la República de Austria fuese competente para resolver esta solicitud de asilo.

Además, el Asylgerichtshof considera que, como *lex specialis*, el artículo 15 del Reglamento n.º 343/2003 prima sobre las reglas generales establecidas en los artículos 6 a 14 de éste.

Según el Asylgerichtshof, la aplicación del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 343/2003 tiene carácter subsidiario respecto a la del artículo 15 de dicho Reglamento, de modo que la República de Austria debería hacer uso de su derecho a asumir de oficio la responsabilidad de examinar la solicitud de asilo por razones humanitarias como las recogidas en ese artículo.

Por último, de lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente acerca de la interpretación de dicho artículo 15 se desprende que considera que, en circunstancias como las del litigio del que conoce, debería examinarse la cuestión de la posible aplicación del artículo 15, apartado 2, antes de analizar si el apartado 1 de ese mismo artículo pudiera aplicarse con carácter subsidiario.

En estas circunstancias, el Asylgerichtshof ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 15 del Reglamento n.º 343/2003 en el sentido de que un Estado miembro que no es de entrada responsable, conforme a las reglas de los artículos 6 a 14 de dicho Reglamento, del examen de la solicitud presentada por una solicitante de asilo se convierte obligatoriamente en responsable cuando la nuera de esa persona se encuentra gravemente enferma y en peligro por determinadas circunstancias culturales, o sus nietos menores de edad, necesitados de atención por la enfermedad de su madre, residen en ese Estado miembro, y la solicitante de asilo está dispuesta y capacitada para ocuparse de la nuera o de los nietos? ¿Se aplica esta interpretación también cuando no existe una petición en este sentido del Estado miembro responsable, con arreglo al artículo 15, apartado 1, segunda frase, del Reglamento n.º 343/2003?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 343/2003 en el sentido de que, en una situación como la descri-

ta en la primera cuestión, es obligatoria una transferencia de responsabilidad a un Estado miembro que no es de entrada responsable, cuando la responsabilidad del Estado designado conforme a lo dispuesto en el Reglamento n.º 343/2003 constituiría una infracción de los artículos 3 u 8 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950] (artículos 4 o 7 de la [Carta])? ¿Pueden aplicarse en ese caso y en el caso de una interpretación y aplicación incidentales de los artículos 3 u 8 del [citado Convenio] (artículos 4 o 7 de la [Carta]) los conceptos de «trato inhumano» o de «familia» en un sentido diferente, más amplio, del utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?».

(...)

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

En circunstancias como las del litigio principal, el artículo 15, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que no es responsable del examen de una solicitud de asilo en virtud de los criterios establecidos en el capítulo III de este Reglamento deviene el Estado miembro responsable. Corresponde al Estado miembro que se ha convertido en Estado miembro responsable en el sentido de ese mismo Reglamento asumir las obligaciones vinculadas a dicha responsabilidad. Informará de ello al Estado miembro anteriormente responsable. Esta interpretación del citado artículo 15, apartado 2, se aplica también cuando el Estado miembro que era responsable en virtud de los criterios establecidos en el capítulo III de dicho Reglamento no haya presentado petición alguna en este sentido con arreglo al apartado 1, segunda frase, de ese mismo artículo.

**Asilo: Denegación a ciudadano sirio. Principio de no devolución (*non refoulement*): Doctrina del TUE y del TEDH. La resolución impugnada no se pronuncia sobre ese principio, cuyo examen y valoración debe hacerse en el curso del expediente de expulsión incoado al interesado conforme a la normativa de extranjería. El recurrente se refiere solo a la protección subsidiaria, y no al derecho de asilo. Voto particular.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **5 de diciembre de 2012**

Recurso de Casación: **1723/2012**

Ponente: **D. Pedro José Yagüe Gil**

Voz: **Denegación del derecho de asilo a ciudadano sirio: expediente de expulsión**

La sentencia de instancia, tras identificar el acto administrativo impugnado en su fundamento jurídico primero, recoge en el segundo las razones dadas por la Administración para justificar la denegación de la solicitud de protección internacional, y en el fundamento tercero reseña los argumentos esgrimidos por el recurrente en pro de la estimación de su pretensión:

El actor, en su demanda, en lo referente al «fondo del asunto» afirmaba la previsibilidad de ser sometido a tortura o incluso a la eliminación física. Dice en este sentido que Siria, país al que sería expulsado (y del que es nacional), no cuenta con garantías de que su integridad física y su libertad religiosa no se verán mermadas. Se remite al efecto a un informe publicado por Amnistía Internacional, referente a la expulsión de otro ciudadano sirio a este propio país. En él se indica que «la tortura y otros malos tratos son un fenómeno generalizado en los centros de detención el interrogatorio de Siria». Y que «las personas que cobran especial peligro de sufrirlo son aquellas a las que las autoridades sirias consideran islamistas o que se encuentran en posesión de información sobre actos terroristas».

Invoca también un informe del Comité contra la Tortura de 19 de noviembre, en el que se expresó su preocupación por la posible vulneración del artículo 33 del Convenio contra la Tortura.

Alega después que Amnistía Internacional, cuando le fue comunicada la situación del ahora recurrente, emitió un comunicado de prensa en el que indicaba haber «puesto en marcha un llamamiento internacional a todos sus activistas

para evitar que Ambrosio pueda ser víctima de tortura y maltrato en Siria». Aquella organización habría documentado «cómo en este país las personas consideradas por las autoridades sirias como posibles islamistas o que puedan poseer información sobre actos terroristas corren riesgo de sufrir maltrato o tortura en los centros de detención e internamiento, donde podrían ser llevadas al pisar el país ya que están expuestas ser detenidas, recluidas por tiempo prolongado y sometidas a juicios injustos».

Y así, sigue diciendo la demanda, el ahora recurrente sería considerado su propio país como islamista, al haber sido condenado (por Sentencia de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional) por formar parte de la célula de Imad Edwin Bakarat, por cuya causa sería torturado y maltratado.

Consta en el expediente —afirma también— el procedimiento por el cual fue condenado así como su rechazo a todo tipo de terrorismo.

Y así, por tanto, existirían antecedentes conforme a los cuales se podría concluir que si el recurrente es expulsado a Siria podría sufrir torturas.

Después se refiere al caso de otra persona, Baser Ghalyoun, que sería similar al suyo.

Expresa más adelante que no puede ser obviada la situación actual de Siria, país en el que se están viviendo momentos convulsos que han conducido a su presidente Pedro Antonio, a acallar a la población rebelde con inciertas promesas de suspender una Ley de Emergencia impuesta desde el año 1963. Esta Ley habría

justificado, hasta el día de hoy, intervenciones arbitrarias, juicios a puerta cerrada, libre arbitrio policial y carta blanca al aparato de seguridad. Las últimas noticias del informe publicado por Amnistía Internacional en los Estados Unidos de América serían reveladores.

En atención a ello, nos dice, existen multitud de informes que justifican el temor del interesado si es devuelto a Siria. Además destaca que el ACNUR ha informado favorablemente la solicitud.

En otro orden de cosas se refiere a su residencia en España desde 1991 y a su situación familiar. Éste se encuentra casado con doña Margarita, nacional española y nacida en Ceuta. Es, además, padre de un hijo de origen español, nacido en España el (...) 2009, de madre española. Además cosa está embarazada y esperando el segundo hijo de la familia.

Y por último afirma la falta de motivación de la resolución impugnada al no haberse referido a lo alegado por el solicitante».

A continuación, en el fundamento de Derecho cuarto, hace la sentencia una descripción del régimen jurídico de la protección internacional tal como se diseña en la Ley 12/2009 de 30 de octubre, y es en el fundamento de Derecho quinto donde desciende al examen circunstanciado del caso, con las siguientes consideraciones:

Según cabe ver a partir del extracto de las alegaciones formuladas en la demanda, expuestas en sus elementos principales en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Sentencia, el recurrente no formula reproche de legalidad de clase alguna (a salvo de la falta de motivación, algo a lo que seguidamente nos referiremos) con respecto a las razones por las que la Administración le denegó la protección jurídica internacional derivada del derecho de asilo y la protección subsidiaria. Éste además —y no otro— fue el contenido del procedimiento tramitado y con respecto al cual se pronunció la Administración en la resolución que se recurre.

Según más arriba también se dijo, la resolución denegatoria de la protección internacional se fundó en la concurrencia de la circunstancia prevista en la letra a) del artículo 21.2 de la Ley

12/2009, 30 de octubre, que a su vez remitía al artículo 25.1.f), relativo a los supuestos de la denegación contenidos, a su vez, en el artículo 12 de la citada Ley.

Y todo ello en razón de haber sido condenado por Sentencia de 26 de septiembre de 2005, de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como autor de un delito de pertenencia o integración en organización terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de ocho años y seis meses de prisión, nueve años y seis meses de inhabilitación especial para empleo cargo público y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, por haber sido destacado miembro de un grupo terrorista. La Sentencia indicaba así que el ahora recurrente fue reclutado y enviado a un campamento de entrenamiento de muyaidines, ubicado en Zenica (Bosnia), donde realizó cursos de entrenamiento en armas y explosivos, y colaboró activamente con los cabecillas del mismo.

Pues bien, el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, exige que el interesado no esté incurso en ninguna de las causas de denegación de su artículo 9. Y éste, a su vez, prevé la denegación de dicha condición a aquellas personas que, habiendo sido objeto de condena firme por delito grave, constituyan una amenaza para la comunidad.

El recurrente —como queda indicado— ni niega la concurrencia de esta condena ni formula reproches de legalidad contra la aplicación, por parte de la Administración, de este precepto.

Lo propio sucede con relación a la protección subsidiaria, que también el artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, supedita a la inconcurrencia de algunos supuestos previstos en su artículo 12. Y en éste se excluye también de protección subsidiaria a las personas que, habiendo sido objeto de condena firme por delito grave, constituyan amenaza para la comunidad.

No encontramos por otra parte falta de motivación alguna en las resoluciones impugnadas,

dado que la primera de ellas viene a expresar con claridad evidente las razones de denegación de la solicitud del interesado; razones que por otra parte, como acabamos de ver, no son objeto de cuestionamiento en su ajuste a la legalidad.

La motivación exigible en cada caso dependerá por otra parte del objeto de la petición (aquí el derecho de asilo), sin que por ello se exija un pronunciamiento sobre objetos procedimentales distintos (autorización de permanencia en España por razones humanitarias) a los deducidos.

Desde esta perspectiva hemos de validar la afirmación contenida en el informe de Instrucción, a la que el Abogado del Estado se remite en su contestación a la demanda, en el sentido de que «ni la residencia del interesado en España desde 1991, ni su matrimonio con una española y la mencionada paternidad, pueden ser elementos a valorar en una solicitud de protección internacional de cara al otorgamiento de algún estatuto de protección [que es de lo que el procedimiento se trataba]».

La cuestión, una vez despejado el pleno ajuste a derecho de las resoluciones impugnadas (aunque íntimamente vinculada a lo que se acaba de decir), queda circunscrita a la petición que se nos formula para la aplicación de las razones humanitarias previstas en el artículo 37.b) de la Ley de Asilo, cosa que se realiza en atención a las circunstancias existentes en su país de origen, Siria, por estar casado con ciudadana española, por ser padre de un hijo de esta misma nacionalidad y por estar esperando la pareja el nacimiento del segundo de sus hijos.

Sin embargo debe notarse que tal solicitud es formulada por vez primera ante el presente Tribunal, aunque sea cierto que las causas que la fundarían (riesgos para su persona o situación familiar) ya fueron invocadas en la solicitud de asilo y en la petición de reexamen, pero lo fueron como referidas a la petición que se hacía (de asilo).

En fin, como decimos, no le fue solicitada a la Administración (al menos en lo que a este procedimiento atañe) la autorización de residencia en España por razones humanitarias pese a que, desde el principio, por petición expresa del interesado, estuvo éste asistido de letrado.

Además, en este caso, aquel reconocimiento del derecho a su permanencia en España por razones humanitarias no sería una decisión accesoria a la estimación o desestimación del derecho de asilo o de la protección subsidiaria, ni tampoco automática o desprovista de contenidos valorativos por parte del órgano administrativo sino, justamente al contrario, habría éste de ponderar minuciosamente aquellas mismas circunstancias de orden humanitario en su posible colisión con la amenaza para la comunidad (ésta sí declarada por la resolución) que pudiera comportar la presencia en España del recurrente. Y para esto último ha de contarse además con los pertinentes medios de prueba, lo que desde luego no está a disposición del Tribunal (salvo una declaración del propio interesado en la que dice renunciar al terrorismo).

Consecuentemente, un pronunciamiento ahora, por parte del Tribunal (tras haber confirmado la legalidad de la resolución impugnada) sobre algo que no le fue pedido a la Administración y que demanda por parte de ésta una ponderación de las circunstancias concurrentes, o con respecto al modo en el que la Administración debe ejecutar sus actos en el futuro (su salida de España) comportaría el desbordamiento de la función revisora de la presente jurisdicción.

Además supondría, en cierta medida, ejercer un control de legalidad de la resolución administrativa de expulsión, para lo cual esta Sala carece de competencia.

Por otra parte, como ya dijimos en el Auto desestimatorio de la súplica contra la denegación de la medida cautelar, el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra de 1951 establece, como excepción al principio de no devolución o «non refoulement», el que el refugiado sea considerado por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Dicha salvedad se establece además por referencia al principio general de no devolución previsto en el artículo 33.1 de la propia convención: Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios

donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

Con base en estos argumentos, la Sala de la Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso administrativo. (Incorpora, la sentencia un voto particular discrepante que a la vista de la situación sociopolítica de Siria, y con expreso apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que la sentencia debería haber sido parcialmente estimatoria, en el sentido de ordenar que el recurrente no sea devuelto en ningún caso a Siria o a otro tercer país que no ofrezcan garantías de pleno respeto por su vida e integridad física o moral).

(...)

Parece querer decir el recurrente que tiene derecho a la protección subsidiaria por el riesgo real de ser sometido a malos tratos o torturas en caso de retornar a Siria, ahora bien, ceñidos a esta concreta cuestión, olvida que la Administración realmente no rechazó su petición por entender inexistente o infundado ese riesgo tan enfáticamente invocado (pues realmente no cuestionó que así pudiera llegar a ser), sino por apreciar que al margen o por encima de consideraciones sobre los daños que pudiera sufrir en el país de origen, aun así, concurría una causa específica de denegación de la protección subsidiaria, concretamente la prevista en el artículo 12 de la propia Ley de Asilo 12/2009 (a cuyo tenor cabe denegar la protección subsidiaria a «las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad»); esto es, entendió la Administración que resultaba legítimo denegar la protección subsidiaria por el hecho de que habiendo sido objeto de una condena firme por un delito ciertamente grave, como es el de implicación en actividades terroristas, ese dato por sí solo daba pie a apreciar que su permanencia en España constituía una amenaza para la comunidad social española. La Sala de instancia

se situó en este mismo terreno, explicando en el fundamento de Derecho quinto de su sentencia que la condena penal impuesta (y las razones en que esta se basó) justificaba por sí misma la denegación del derecho de asilo y la protección subsidiaria, conforme a lo expresamente previsto en el artículo 12 precitado.

Partiendo de esta base, debería haber denunciado el recurrente la infracción por indebida aplicación de este artículo 12 ó de sus preceptos concordantes, argumentando sobre la improcedencia de manejar en su caso la causa de denegación de la protección subsidiaria que ese precepto contempla y que la Administración aplicó; pero no lo ha hecho, pues ni ha citado ese precepto ni ha razonado sobre su indebida aplicación y la consiguientemente indebida denegación de la protección subsidiaria, sin que, reiteramos, sea esta misión de esta Sala suplir su inadecuado enfoque del asunto y reconducir su impugnación casacional hacia terrenos más propicios y hacia esos preceptos que no ha citado, en perjuicio de la parte recurrida.

Consiguientemente, tal y como se ha planteado, el motivo ha de decaer, no porque se reputen más o menos infundadas o irrelevantes las alegaciones que se hacen sobre el riesgo para sus derechos más básicos en caso de volver a Siria, sino porque los preceptos cuya infracción denuncia no han podido ser infringidos por la Sala de instancia, al haberse basado la desestimación de reconocimiento del derecho a la protección subsidiaria en otras razones que en este primer motivo no se combaten.

Por lo demás, hace también referencia el recurrente en este primer motivo a sus vínculos familiares con nacionales españoles (su esposa e hijo), pero no pone en relación esa alegación con ningún precepto que se pudiera reputar infringido por la sentencia de instancia con base en esos datos, ni los preceptos que invoca únicamente en este primer motivo guardan relación alguna con los vínculos familiares en el país de asilo, sin que, como acabamos de decir, podamos nosotros suplir esa omisión de oficio.

## EXPULSIÓN

**Expulsión de territorio español: Prohibición de entrada. Concesión de medida cautelar de suspensión de ejecución. Estimación. Arraigo: Existencia de arraigo laboral y familiar. Doctrina del Tribunal Supremo.**

Tribunal: **Sentencia del TSJ de Castilla y León**

Fecha: **5 de septiembre de 2012**

Recurso de Apelación: **328/2012**

Ponente: **D. Gustavo Lescure Ceñal**

Voz: **Expulsión y prohibición de entrada: arraigo laboral y familiar**

El presente recurso de apelación versa sobre el Auto dictado el 1 de Diciembre de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid que en el recurso contencioso n.º 786/11 del ciudadano nigeriano D. Ricardo, acuerda la suspensión cautelar de ejecución de la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 22 de julio de 2011 que decreta su expulsión del territorio español con la consiguiente prohibición de entrada en el mismo por un periodo de tres años, por comisión de la infracción prevista en el art. 53.a) de la Ley Orgánica 4/2.000 de 11 de Enero sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, reformadas por Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 14/2003 y 2/2009, sobre la base fáctica de que «no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España».

Esta Sala no comparte la concesión de la suspensión cautelar por el Juzgado, cuyo Auto apela el Abogado del Estado, según se razona a continuación.

Conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 24 de Octubre y 13 de Noviembre de 2000, 20 de Enero y 20 de Marzo de 2001 y 16 de Julio de 2002, entre otras), sólo concurren los requisitos que justifican la suspensión de la medida de expulsión u orden de salida del territorio nacional en aquéllos casos en los que el interesado se encuentre en una situación de arraigo familiar, social o económico cuya ruptura supondría un perjuicio de difícil o imposible reparación, pero no en los casos en

los que tal arraigo no se acredite. Y en el análisis del arraigo en cada caso particular el Tribunal Supremo ha determinado que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio y determinantes de la prevalencia de tales vínculos frente al interés general en que se lleve a cabo la expulsión de quien carezca de permiso o autorización para residir (Sentencias de 28 de Diciembre de 1998, 4 de Diciembre de 1999 y 20 de Enero de 2001, entre otras).

(...)

Como ha quedado expuesto, es determinante en orden a la suspensión cautelar de la expulsión del extranjero ilegal que se halle en una plena situación de arraigo laboral y familiar (no solo relaciones familiares estables con residentes en España sino también inserción real o potencial en el mercado de trabajo mediante oferta de empleo) y todo ello, claro está, con referencia a su situación vigente a la fecha de inicio del expediente de expulsión, lo cual no se acredita completa y fehacientemente con relación al caso de los presentes autos, sin que baste con la posesión de tarjeta sanitaria, que nada dice sobre arraigo laboral y familiar de su titular, ni tampoco con el empadronamiento del extranjero, pues según el artículo 18.2 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril sobre Bases del Régimen Local, «la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, espe-

cialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España».

Es de advertir que el acto impugnado cuya suspensión se solicita consiste tanto en una orden de expulsión del territorio español como la prohibición de entrada en el mismo por determinado periodo de tiempo, cuya inmediata ejecutividad comporta para el afectado los perjuicios derivados de su salida del territorio nacional. Ahora bien, tal salida no hace perder al recurso su finalidad pues éste tiene por objeto no solo determinar la posibilidad de permanencia en España sino también la revisión sobre la

prohibición de entrada que conlleva, de manera que en el supuesto de estimarse el recurso contencioso se reconocería la improcedencia de la orden de expulsión acordada con la posibilidad de permanecer y, en su caso, de regresar a España, por lo que la inmediata ejecutividad de la orden de expulsión causaría evidentes perjuicios pero no haría perder al recurso su finalidad (art. 130 de la LJCA). De otra parte, la automática suspensión de todo acuerdo de expulsión es susceptible de causar graves perjuicios al interés general por la paralización que supondría respecto de la política administrativa de control de la inmigración.

**Expulsión: No autorización de la misma a ciudadana chilena imputada por un delito de maltrato familiar. Arraigo: Existencia de informe favorable. Inexistencia de otros datos negativos suficientes para acordar la expulsión. Sustitución por multa.**

**Tribunal: Auto Audiencia Provincial de Madrid**

**Fecha: 28 de septiembre de 2012**

**Recurso de Apelación: 552/2012**

**Ponente: D. José María Casado Pérez**

**Voz: Expulsión del territorio nacional: sustitución por multa. Malos tratos en el ámbito familiar**

Se alega en el recurso de apelación que la resolución de expulsión dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid en fecha 17 de noviembre de 2011 ha quedado sin efecto en virtud de la sentencia n.º 74/12, de 8 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 8 de Madrid, que se adjunta al recurso.

El art. 57.7, letra a), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por LO 2/2009, de 11 de diciembre, dispone que «cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que,

de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior»

En el presente caso, en la sentencia referida en el fundamento primero se dice que la recurrente, nacida el (...) de 1988, nacionalidad chilena, presenta pasaporte de Chile n.º (...) y tiene sello de entrada en España el 24 de marzo de 1994, estando empadronada en Alcorcón desde el 31 de octubre de 2000, la calle (...) n.º (...), planta (...), (...), donde convive con su madre, la pareja y un hijo de ambos nacido el (...) de 2008, obrando informe favorable de arraigo emitido por el Ayuntamiento de Alcorcón en fecha 9 de junio de 2011 y así mismo consta que

tiene cita el 14 de octubre de 2011 para trámite de expediente de autorización por residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo, y si bien es cierto que fue detenida por

violencia doméstica, no le constan otros antecedentes policiales ni penales. Por tanto, no existen datos negativos suficientes para acordar su expulsión.

**Extranjeros: Expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada durante diez años. Improcedencia. Residente de larga duración. Comisión de delitos que denotan una peligrosidad, amenaza real y grave para el orden público. Razones de humanidad: Carencia de vínculos familiares o sociales en su país de origen. Arraigo familiar y laboral en nuestro país. Ausencia de acreditación de que con posterioridad se haya cometido delito alguno. Amenaza que no puede considerarse como actual. Doctrina jurisprudencial. Estimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del TSJ de Castilla y León**

Fecha: **15 de octubre de 2012**

Recurso de Apelación: **136/2012**

Ponente: **D. José María Alonso Millán**

Voz: **Expulsión y prohibición de entrada: residente de larga duración**

Habida cuenta de que el actor es hijo de ciudadana española, con quien convive y a sus expensas, al carecer actualmente de trabajo, como se encuentra acreditado en autos, le resulta de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007. Se debe tener en cuenta lo recogido en los artículos 2 y 15 de este Real Decreto, especialmente en lo que se refiere a que el art. 15 establece una serie de garantías que deben presentarse para el caso de que se adopten medidas contra los ciudadanos a quienes resulta aplicable el Real Decreto. Resulta imprescindible hacer una valoración que concluya que el comportamiento personal constituya una amenaza actual para el orden público, no bastando con razones de prevención general. Esta cuestión ha sido abordada con gran minuciosidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, sección 1.<sup>a</sup>, en sentencia de fecha 15 de febrero de 2011. En consecuencia, se impone a la Administración una motivación, siquiera mínima. Tales carencias de la decisión administrativa impugnada configuran la nulidad de la misma, al haberse adoptado con absoluta ignorancia, tanto de las garantías legalmente establecidas, como de la motivación que asimismo la ley establece.

Se invoca frente a la sentencia razones de humanidad, habida cuenta de las circunstan-

cias en que se encuentra el aquí actor, que reside en España desde su minoría de edad, pues llegó a España a los 16 años, acompañado de su madre, nacionalizada española, y en cuya compañía reside junto con el marido español de ésta, diagnosticado de una enfermedad mental por la que le ha sido reconocida una discapacidad del 65% y para cuyo tratamiento requiere medicación continua, que su madre se encarga de administrarle. Resulta también el hecho de que el recurrente carece de vínculos familiares o sociales en su país de origen. Tales razones fueron tenidas en cuenta por la Sala en sentencia de fecha 20 de febrero de 2012, rollo de apelación 239/2011. También se debe considerar lo recogido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede de Valladolid, en sentencia de 1 de octubre 2010.

Es infundadamente excesivo el periodo de prohibición teniendo en cuenta que la norma establece que su vigencia no excederá de 10 años (artículo 58.1 de la Ley Orgánica 4/2000). La amenaza de tal «amenaza grave» ha de ser argumentada y sustentada en razones que la apoyen. No obstante, la resolución administrativa no contiene ninguna fundamentación que sustente la adopción de tan excepcional medida. Esta cuestión ha sido abordada por la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 5.<sup>a</sup>, en sentencia de fecha 30 de marzo de 2006. No existiendo en la normativa vigente un período mínimo de prohibición de entrada; ante la carencia de fundamentación de la decisión administrativa se interesa que, caso de decidirse la expulsión del territorio nacional, la prohibición de regreso no se extienda más allá de un año.

(...)

Por lo que se refiere, y de mayor trascendencia para la resolución de este pleito, respecto de si procede aplicar o no procede aplicar lo recogido en el art. 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000, teniendo en cuenta que se trata de un extranjero con autorización de residencia permanente, esta Sala ha venido recogiendo en las últimas sentencias la influencia que ha tenido, en la interpretación de este precepto en relación con el art. 57.2, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, realizada a través de la Ley Orgánica 2/2009. Esta Sala recientemente se ha pronunciado en un supuesto de un residente de larga duración, en sentencia de fecha once de mayo de dos mil doce, dictada en el recurso de apelación 27/2012, de la que ha sido Ponente Don Eusebio Revilla Revilla, en la que se recoge también el criterio seguido por anteriores sentencias en las que se trataba igualmente de expulsiones de residentes de larga duración, de la siguiente manera:

«Y para clarificar los términos en que se ha planteado el presente debate, además de dar por reproducidos los criterios jurisprudenciales expuestos en la sentencia de instancia y sobre todo el reiterado criterio que sobre la interpretación y aplicación del art. 57.2 de la LO 4/2000 ha venido haciendo esta Sala (y que es sobradamente conocido por las partes) es preciso igualmente recordar que sobre una cuestión similar, aunque no totalmente idéntica, por cuanto que se refiere a la expulsión de residentes de larga duración por aplicación del citado art. 57.2 (situación de residencia de larga duración que al menos formalmente no se da en el caso de autos), se ha pronunciado tanto esta Sala en sus sentencias de fecha 16 de diciembre de 2011 dictada en el recurso de apelación 222/2011 y de

fecha 30.3.2012 dictada en el recurso de apelación 13/20121 como también la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Valladolid, de este mismo TSJCyL de fecha 20.4.2012, dictada en el recurso de apelación núm. 703/2011, la cual en su fundamentación jurídica recoge diferentes pronunciamientos realizados sobre esta cuestión y lo expone y desarrolla con el siguiente tenor, que a continuación transcribimos pese a su extensión por resultar de interés:

«Por otro lado, el artículo 57.5 en su redacción anterior a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establecía que “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54, letra a) del apartado 1 —es decir, ‘Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana’—, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: ... b) Los que tengan reconocida la residencia permanente”, y tras dicha modificación, vigente desde el 13 de diciembre de 2009, dispone que “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: ... b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”. Esta modificación responde, por reconocimiento de la Exposición de Motivos de la LO 2/2009 —y dada la condena al Reino

de España a la que seguidamente haremos referencia— a la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, entre otras, la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, cuyo artículo 26, párrafo primero, establece que los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 23 de enero de 2006 e informar de ello inmediatamente a la Comisión».

(...)

En el supuesto presente, nos encontramos con una persona de ha sido condenada por sentencia de fecha 18 de mayo de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1.<sup>a</sup>, por un delito de lesiones a la pena de dos años y seis meses de prisión, por un delito de lesiones por imprudencia a la pena de tres meses de prisión y por un delito contra la administración de justicia a la pena de un año de prisión y multa de seis meses, además de las penas accesorias. Los hechos por los que fue condenado el aquí apelante ocurrieron el día 1 de mayo de 2004 (respecto de los dos primeros delitos) y el día 4 de mayo del mismo año, según se recoge en la propia sentencia penal; además se considera en la resolución sancionadora la detención realizada el día 2 de mayo de 2004 (como consecuencia de los dos primeros delitos cometidos) y el día 13 de septiembre de 2007 por reclamación judicial. No constan otros motivos por los que se haya acordado la expulsión, y el aquí recurrente-apelante acredita que reside en España con su madre española, que llegó a España cuando tenía 16 años, que ha realizado algunos estudios de secundaria y programas de garantía social de iniciación profesional en España, que ha trabajado cotizando durante 1098 días desde el año 2002, hasta el año 2009 (folios 34 y 35 de las actuaciones) y manifiesta que en su país no tiene arraigo alguno pues murió su padre; a ello se ha de añadir que también se alega en el expediente administrativo una enfermedad mental, que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial en la que se expresa que se le diagnosticó un cuadro psicótico sin etiquetar el día 22 de sep-

tiembre de 2004 (último párrafo de los Hechos Probados) y que en las actuaciones aporta informe médico con alguna mayor precisión, constando el reconocimiento de alguna discapacidad o dependencia, indicándose un 65,0 grado de discapacidad (folio 38 de las actuaciones).

Ninguna de estas circunstancias se han tenido en cuenta, ni considerado por la resolución administrativa impugnada, que simplemente las ha rechazado porque dice que no es aplicable el art. 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000. Y que por este mismo motivo no se ha considerado la práctica de la prueba propuesta por el recurrente. Esto evidentemente nos lleva a la ineludible necesidad de anular la resolución impugnada, por falta de motivación y de posibilidad de proponer y practicar prueba; ahora bien, no es preciso acordar la retroacción de actuaciones si de las pruebas que constan en las actuaciones se pueden tener en cuenta y analizar todas estas circunstancias a las que se refiere el artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000, así como a tener en cuenta y fundamentar adecuadamente la peligrosidad de esta persona en atención a su comportamiento, como exige la Directiva traspuesta por la Ley Orgánica 2/2009.

Es indudable que los delitos por los que ha sido condenado y las penas impuestas denotan una peligrosidad, una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública; si bien, esta amenaza no puede considerarse actual, puesto que ocurrieron los hechos en mayo de 2004 y no se acredita que con posterioridad haya cometido delito alguno, siendo todos los hechos circunscritos respecto de una misma actividad realizada en un breve período temporal (tres días); por lo que, no apreciándose una actuación posterior contraria al orden público o la seguridad pública, no puede entenderse y considerarse como actual esta amenaza. Además a esta circunstancia procede añadir que ha trabajado, estando dado de alta en la Seguridad Social durante 1098 días, lo que demuestra un arraigo laboral. Por otra parte, en España reside junto con su madre y consta que su madre es viuda (según figura en el libro de familia de la misma), por lo que lo manifestado por el recurrente de que su padre ha muerto es creíble; lo que acredita la inexistencia de vínculos con su

país de origen. Por otra parte, consta que reside en España desde el año 1999, y así se apreciaba del «Libro de Escolaridad de la Enseñanza Básica» del mismo. Este mismo libro también acredita que llegó a España muy joven, a los 16 años. Todas estas circunstancias demuestran su total integración en España, su falta de arraigo con su país de origen y un arraigo familiar y laboral en nuestro país; que añadido al hecho de

que realmente la amenaza contra el orden público o la seguridad no es actual, llevan a la ineludible consecuencia de que no procede la expulsión por aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, por encontrarnos en la necesidad de aplicar el número 5 de este artículo 57.

En consecuencia, se estima el recurso de apelación interpuesto y se declara la nulidad de la resolución administrativa impugnada.

**Suspensión de orden de expulsión del territorio español y prohibición de entrada. Acceso a medida cautelar: Por aplicación de la medida más gravosa. Arraigo: Existencia de medios de vida suficientes. Posesión de pasaporte. Existencia de empadronamiento. Posesión de tarjeta sanitaria. Existencia de hijo nacido en España. Todo ello frente a un antecedente policial, que tan solo consistió en una riña tumultuaria.**

**Tribunal: Sentencia del TSJ de Murcia**

**Fecha: 15 de octubre de 2012**

**Recurso de Apelación: 184/2012**

**Ponente: Dña. Leonor Alonso Díaz-Marta**

**Voz: Suspensión de la orden de expulsión. Antecedentes y arraigo en España**

---

El auto apelado deniega la suspensión de la ejecución del acto recurrido, consistente en la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia de 7 de octubre de 2011, por la que se acuerda la expulsión del recurrente, de nacionalidad ecuatoriana, del territorio español, prohibiéndole la entrada en España por un periodo de 6 años, recaída en el expediente NUM000, de conformidad con los arts. 53.1 y 57.1 y 58.1 y 2 de la LO 4/2000, constando que además tiene antecedentes policiales.

El auto apelado deniega la suspensión por que considera que la estancia irregular en la que se funda la expulsión, lo es por tener el recurrente antecedentes policiales, careciendo la pretensión del interesado de la apariencia de buen derecho necesaria para acceder a la medida cautelar pedida.

La parte actora formula la apelación por considerar que la ejecución del acto recurrido implica llevar a la práctica la sanción más gravosa prevista por la Ley de Extranjería, como es la expulsión inmediata del territorio español, sin tener en cuenta que no se ha acordado periodo probatorio alguno, por lo que se vulneraría el

principio de tutela judicial efectiva, y se convertiría una pieza separada d medidas cautelares en proceso principal, además de prejuzgar la resolución que en su día se acordará en el recurso contencioso-administrativo. Sigue diciendo que la ejecución del acto impugnado causaría graves perjuicios al apelante haciendo perder la finalidad al recurso; el apelante posee arraigo acreditado en nuestro país, pues demuestra tener medios suficientes de vida, tiene pasaporte, está empadronado, posee tarjeta sanitaria, tiene domicilio en Madrid, calle (...), (...)-(...), donde convive con su madre, un hermano y una tía, y todos ellos deponen de permiso de residencia y trabajo; tiene un hijo nacido en España, como se acredita con el Libro de Familia, ha tenido permiso de trabajo y residencia cuya renovación no ha podido conseguir. Y aunque posee antecedentes policiales, ha de imperar el principio de presunción de inocencia, por lo que no debería tenerse en cuenta tal circunstancia.

Por su parte, el Abogado del Estado se opone al recurso de apelación, solicitando la confirmación del auto por sus propios fundamentos. La denegación de la suspensión de la

ejecutividad del acto sancionador no impide que el proceso alcance en su momento su finalidad legítima, y si ganase el pleito nada impide que vuelva a España e incluso que pudiera ser indemnizada. Tampoco se produce indefensión porque el hecho de estar representado procesalmente garantiza su derecho a la tutela judicial efectiva. Y en la valoración de los intereses en conflicto, no puede prevalecer el interés particular del extranjero sobre el interés general de que se aplique la Ley y se cumpla la política migratoria del Gobierno.

(...)

En el presente caso el actor acredita, aunque sea *prima facie*, un cierto arraigo derivado de los documentos que constan aportados, como son, el que demuestra tener medios suficientes de vida, que tiene pasaporte, está empadronado, posee tarjeta sanitaria, tiene domicilio en

Madrid, calle (...), (...)-(...), donde convive con su madre, un hermano y una tía, y todos ellos disponen de permiso de residencia y trabajo; tiene un hijo nacido en España, como se acredita con el Libro de Familia, y ha tenido permiso de trabajo y residencia. Todo ello nos lleva a valorar todas las circunstancias accediendo a la suspensión, pues los antecedentes policiales a los que hace referencia la resolución son tan sólo una detención por riña tumultuaria, sin que conste la fecha de los hechos, si llegaron a incoarse Diligencias Previas, si se puso el detenido a disposición del juzgado correspondiente, en qué fecha se produjo la detención, por lo que no pueden valorarse ni siquiera como circunstancias negativas.

En consecuencia, la Sala opta por revocar el auto impugnado y acceder a la medida cautelar solicitada.

**Expulsión de extranjeros en situación irregular. Sustitución de la sanción de expulsión por la imposición de multa: Compatibilidad de esta sustitución con la normativa europea. Arresto domiciliario: Incompatibilidad de esta medida con la normativa europea.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **6 de diciembre de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-430/11**

Ponente: **Sr. Ilesic**

Voz: **Expulsión de extranjeros en situación irregular: multa y arresto domiciliario**

El 13 de agosto de 2009, en Rosolina Mare (Italia), un individuo interrogado por la policía declaró que se llamaba Md S. y que había nacido el 10 de octubre de 1990 en Bangladesh.

Tras examinarse la situación del Sr. S. se comprobó que el interesado, que carece de domicilio fijo en Italia y que trabaja como vendedor ambulante en ese país, no posee ni ha poseído en ningún momento un permiso de residencia. Con arreglo a la diligencia practicada por la policía, el Sr. S. declaró que había entrado en territorio italiano en marzo de 2009.

El 22 de julio de 2010, el Sr. S. fue citado a comparecer ante el Tribunale di Rovigo para responder del delito de entrada o situación irregular previsto en el artículo 10 *bis* del Decreto

Legislativo n.º 286/1998, y del delito contemplado en el artículo 6, apartado 3, del mismo Decreto Legislativo.

En opinión de ese órgano jurisdiccional, no quedó acreditado que el Sr. S. hubiera entrado en Italia de modo irregular. Concretamente, no quedó demostrado de modo suficiente en Derecho que el interesado hubiera eludido los controles fronterizos.

Por el contrario, dicho órgano jurisdiccional declaró que el delito de situación irregular había quedado debidamente probado y, además, que era competente para conocer del mismo. El delito contemplado en el artículo 10 *bis* del Decreto Legislativo n.º 286/1998 está ciertamente incluido en la competencia del juez de paz. No

obstante, al ser ese delito conexo con el delito contemplado en el artículo 6, apartado 3, del mismo Decreto Legislativo, que está incluido en la competencia de los tribunales, el Tribunale di Rovigo es competente para juzgar al Sr. S.

El 22 de febrero de 2011, se archivó el procedimiento contra el Sr. S. en la parte relativa al delito contemplado en el mencionado artículo 6, apartado 3.

Al deber, en principio, sancionar la situación irregular del Sr. S. con la pena establecida por el artículo 10 bis del Decreto Legislativo n.º 286/1998, pero albergar dudas acerca de la compatibilidad de dicha normativa nacional con el Derecho de la Unión, el 15 de julio de 2011, el Tribunale di Rovigo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿se oponen los artículos 2, 4, 6, 7 y 8 de la [Directiva 2008/115] a que un nacional de un tercer país que se encuentra en una situación irregular en un Estado miembro pueda ser sancionado con una pena pecuniaria, sustituida por el arresto domiciliario como sanción penal, por la mera entrada y situación irregular, incluso antes del incumplimiento de una orden de expulsión dictada por la autoridad administrativa?»

2) A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿se oponen los artículos 2, 15 y 16 de la [Directiva 2008/115] a que, tras la adopción de [esa] Directiva, un Estado miembro pueda adoptar una norma por la que se sanciona a un nacional de un tercer país que se encuentra en una situación irregular en el Estado miembro con una

pena pecuniaria, sustituida por una expulsión de ejecución inmediata como sanción penal, sin que se siga el procedimiento ni se respeten los derechos del extranjero que establece la [citada] Directiva?»

3) ¿Se opone el principio de cooperación leal que establece el artículo 4 TUE, apartado 3, a la aplicación de una norma nacional adoptada antes del vencimiento del plazo para la transposición de [la misma] Directiva para eludir o, en cualquier caso, limitar el ámbito de aplicación de la Directiva? ¿Qué medidas debe adoptar el juez nacional si constata dicha finalidad?»

(...)

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, debe interpretarse en el sentido de que:

- no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión, y
- se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro.

## DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora TU de Derecho del Trabajo  
Universidad Rey Juan Carlos*

Tribunal: **Tribunal Supremo**

Fecha: **18 de octubre de 2012**

Recurso: **Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4325/2011**

Ponente: **D. Antonio Martín Valverde**

Voz: **Prestación por desempleo. Desplazamiento del beneficiario al extranjero por un plazo inferior a 90 días. Suspensión de la prestación**

**Resumen:** TERCERO: El concepto jurídico de «residencia» pertenece a una familia en la que se encuentra emparentado con los conceptos de «domicilio» y de «estancia». Por otra parte, el sustantivo «residencia» viene acompañado a menudo en las distintas ramas legislativas que lo utilizan de diversos adjetivos: «residencia habitual», «residencia temporal», «residencia permanente» o «residencia de larga duración». Es de notar, además, que la determinación de la residencia en sus diferentes modalidades se puede graduar con cierta elasticidad mediante la aplicación de umbrales o criterios, que no son exactamente los mismos en las distintas ramas o sectores del ordenamiento; no es exactamente igual la residencia a efectos del impuesto de la renta que la residencia a efectos del derecho-deber de empadronamiento en un municipio, o que la residencia a efectos de la legislación de extranjería, o que la residencia a efectos de movilidad geográfica de los trabajadores, o que la residencia a efectos de los derechos de sufragio activo y pasivo.

Ahora bien, en todos estos sectores o ramas del derecho podemos detectar una nota común en las distintas concreciones del concepto: la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985. Aunque no reúna las notas que caracterizan al domicilio, y aunque no sea la «residencia habitual», la «residencia» simple o residencia sin adjetivos comporta una cierta

prolongación temporal; es algo más que una «estancia». Donde situar la línea divisoria entre la estancia y la residencia es algo que podría haber establecido el legislador de Seguridad Social, y también el titular de la potestad reglamentaria en este sector del ordenamiento, pero que, por las razones expuestas, no ha hecho ni uno ni otro.

El señalado vacío de regulación puede colmarse, sin embargo, mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social. Para el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia. Y, como ya se ha dicho, este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado en el artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004, como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo.

La precisión anterior del concepto legal de residencia a efectos del «traslado de residencia» que extingue en principio la prestación de desempleo rectifica la posición doctrinal adoptada en nuestras sentencias precedentes ya citadas de 22-11-2011 y 17-1-2012, de acuerdo con las cuales si la norma reglamentaria dice que no es traslado de residencia la salida por tiempo inferior a quince días, se puede entender que sí lo es, según la propia norma reglamentaria, el despla-

zamiento superior a ese período. Esta posición, que es también la de la sentencia recurrida en el presente asunto, se apoya en un argumento de lógica abstracta (argumento *inclusio unius, exclusio alterius* o argumento *sensu contrario*), que vale desde luego para las enumeraciones o listas legales exhaustivas, pero que, por lo ya dicho, no resulta convincente para la solución de la presente cuestión interpretativa. De todas maneras, el signo de las decisiones de fondo en los asuntos ya resueltos en las referidas STS 22-11-2011 y STS 17-1-2012 no variaría, al ser casos de extinción de la prestación por ausencia efectiva del mercado de trabajo español por tiempo superior a noventa días.

CUARTO. Según el artículo 231.1 LGSS, el desplazamiento o salida al extranjero del beneficiario de prestaciones de desempleo que pueda afectar a su disponibilidad efectiva para actividades formativas o para ocupaciones en el mercado de trabajo español, ha de ser comunicado a la entidad gestora o a los servicios de empleo antes de realizar el viaje. De no comunicarse con antelación por causa de imposibilidad o excesiva onerosidad, la información sobre la circunstancia del desplazamiento se ha de producir desde el lugar de destino a la mayor brevedad posible. Por razones obvias, este deber de comunicación previa rige también para la estancia con un máximo de quince días de duración al año prevista en el artículo 6.3 del RD 625/1985.

El mencionado artículo 231.1 LGSS se refiere a esta obligación de comunicación previa o inmediata al decir que las solicitudes o informaciones relevantes sobre protección del desempleo han de tener lugar «en el momento de la producción de dichas situaciones», momento que se actualiza cuando existe un concreto programa de viaje que coloca al beneficiario fuera de la órbita de actuación de los servicios públicos de empleo y de la Administración de la Seguridad Social española. Por otra parte, la finalidad de la disposición lo exige también así: si no hay comunicación por anticipado (o comunicación inmediata en caso de que la información previa hubiera sido imposible o excesivamente onerosa), no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación; entre ellos, la voluntad de aceptar

una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español, que en principio es el que delimita y al que se extiende la actuación de los servicios de empleo.

De acuerdo con el mismo precepto legal, las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de incidencias en los medios de transporte, etcétera) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto deben también ser comunicadas de manera inmediata a la entidad gestora. Este deber de comunicación inmediata (y posterior documentación) de estancias más prolongadas en el extranjero por circunstancias sobrevenidas tiene su razón de ser en que las mismas afectan, al igual que ocurre con la salida o desplazamiento al extranjero, a la disponibilidad para actividades formativas o de trabajo en España.

Un dato más sobre el alcance subjetivo de la norma legal del artículo 231.1 LGSS y de la norma reglamentaria del artículo 6.3 RD 625/1985 conviene tener en cuenta en la decisión de esta clase de casos litigiosos: la obligación de información inmediata o por anticipado del desplazamiento o salida al extranjero se extiende tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles.

Los medios de información a utilizar por los beneficiarios de las prestaciones de desempleo para el cumplimiento de los deberes señalados serán los habituales en las relaciones de los administrados con el Servicio Público de Empleo Estatal y con las entidades gestoras de Seguridad Social. Entre ellos se incluyen los medios informáticos o electrónicos previstos en la legislación española.

El incumplimiento de las obligaciones de comunicar *ex ante* (para la salida programada) o inmediatamente *ex post* (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal («baja») de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía.

Esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se menciona expresamente en el artículo 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión de la protección. Se trata casi siempre de situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS.

[...]

SEXTO: La diversidad de supuestos litigiosos y la complejidad de la normativa aplicable aconsejan una exposición lo más clara posible de las distintas soluciones jurisprudenciales que corresponde en derecho a tales supuestos. Seguimos en este punto la técnica utilizada en nuestra precedente STS 22-11-2011, que distingue los tres grupos de situaciones de la protección del desempleo: prestación «mantenida», prestación «suspendida» y prestación «extinguida». De acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores nos encontramos ante:

- a) una prestación «mantenida» en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;
- b) una prestación «extinguida», con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte «traslado de residencia», es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;
- c) una prestación «suspendida» en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (redacción RD 200/2006) de «búsqueda o realización de trabajo» o «perfeccionamiento profesional» en el extranjero por tiempo inferior a «doce meses»;

- d) una prestación «suspendida», en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo;

La aplicación de la doctrina general establecida en esta sentencia al caso controvertido conduce a la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto de prestación «suspendida» y no de prestación «extinguida», como pretende la entidad gestora y ha resuelto la sentencia recurrida.

Es cierto que la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se desplazó a Ucrania, ausentándose del mercado de trabajo español, por razones familiares en principio atendibles. Pero no es menos verdad que este desplazamiento, respecto del cual no se cumplieron las previsiones de la libranza de 15 días como máximo establecida en el artículo 6.3 RD 625/1985, se llevó a cabo tanto sin comunicación en tiempo oportuno a la entidad gestora. Ahora bien, la estancia en el extranjero fue breve, con regreso a España el 25 de agosto de 2008, a las tres semanas de haberse ausentado, por lo que no concurre en el caso la circunstancia de traslado de residencia, generadora de extinción de la prestación, a que se refiere el artículo 213.g) LGSS, en los términos en que ha sido definida en el fundamento jurídico cuarto.

SÉPTIMO.—La petición concreta formulada en la demanda rectora de las presentes actuaciones se refiere a la decisión de la entidad gestora de dar por extinguida la prestación de desempleo de la demandante no ya en el período de ausencia del mercado de trabajo español (del 4 al 25 de agosto de 2008), durante el cual la prestación pudo y debió ser suspendida, sino en el período posterior de devengo de la misma (de 25 de agosto de 2008 a 30 de enero de 2010), en el que sí se encontraba en España a disposición de los servicios de empleo españoles. Es lógicamente a este período al que se refieren las decisiones de la sentencia del Juzgado de lo Social, que descarta para el mismo la extinción de la prestación de desempleo, y la sentencia recurri-

da del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que entiende que tal extinción se ha producido automáticamente a raíz de la ausencia no comunicada por tiempo superior a quince días.

Por las razones expuestas, es la sentencia de instancia y no la sentencia de suplicación la que ha dado al caso enjuiciado la respuesta que corresponde en derecho, por lo que el recurso de suplicación entablado por el SPEE debió ser desestimado. Y tal desestimación del recurso de suplicación es el pronunciamiento que, una vez casada y anulada la sentencia recurrida, debemos hacer nosotros en la decisión de este recurso de casación unificadora.

### NOTA

Seguramente la Sentencia del Tribunal Supremo, unificación de doctrina, de 18 de octubre de 2012, no sería comentada en esta sección si no fuera porque los medios de comunicación la han publicitado en algunas ocasiones de manera sesgada, afirmando que «los inmigrantes en paro no pierden la prestación por desempleo si están fuera de España hasta 90 días». Lo cierto es que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo no distingue si el beneficiario de la prestación por desempleo es nacional, extranjero o comunitario, si bien es indudable que viene afectando especialmente a los extranjeros. Para aquilatar adecuadamente el alcance de esta doctrinal, parece conveniente comentarla, si quiera brevemente.

Debe partirse de que el artículo 213.1.g) LGSS establece que el percibo de las prestaciones por desempleo (contributivo y asistencia) se extinguirá por traslado de la residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determine. La regulación reglamentaria se encuentra en el artículo 6.3 del RD 625/1985, en su redacción dada por el RD 200/2006, que prevé como una de las excepciones a la regla de extinción de la prestación por desempleo el traslado de residencia al extranjero para la «búsqueda o realización de trabajo» o «perfeccionamiento profesional» por tiempo inferior a doce meses. Por su parte, recuerda que es causa de extinción de la citada prestación el traslado de residencia al extranjero, pero puntualiza como supuesto excepcional que «la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días natu-

rales por una sola vez cada año no es causa de extinción de la prestación de desempleo».

A los anteriores preceptos ha de añadirse que el artículo 231.1 LGSS incluye entre las obligaciones de los solicitantes y beneficiarios de la prestación por desempleo, por una parte, proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones; por otra, solicitar la baja en las situaciones de desempleo cuando se produzcan circunstancias que conlleven la suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones.

Pues bien, en este caso, una desempleada, de nacionalidad ucraniana, que estuvo fuera de nuestro país del 4 al 25 de agosto (más de quince días) debido «a la enfermedad cardiológica que derivó en una angina de pecho de su suegro que reside en Ucrania». Para el Servicio Público de Empleo Estatal, la trabajadora había incumplido la normativa reguladora de la protección por desempleo. El Juzgado de lo Social estimó la demanda de la trabajadora, y el Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de suplicación presentado por el citado Servicio.

Como sentencia de contraste se aporta la dictada por la Sala de lo Social del TSJ Castilla-León (Valladolid) de 17 de junio de 2009, en la que se señala que «el artículo 213.1.g) de la Ley General de la Seguridad Social no define qué debe entenderse por traslado de residencia al extranjero. La Entidad Gestora, para determinar qué debe entenderse por traslado de residencia a los efectos de acordar la extinción o suspensión de la prestación de desempleo, acude al artículo 6.3 del Real Decreto 625/85 de 2 de abril. En el mismo se dice literalmente que «no tendrá consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año (...) no establece un plazo claro en el que se pueda considerar la existencia de cambio de residencia, debiendo tener en cuenta que no todo traslado al extranjero supone cambio de residencia y que habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso. Si, conforme al artículo 31.1 de

la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años, ha de concluirse que para que podamos hablar de residencia temporal habrá de haberse permanecido en España al menos 90 días, por tanto, *a sensu contrario*, la pérdida de la residencia podría interpretarse que requerirá al menos que trascurra el mismo tiempo (90 días) y, en este caso, desde el 4 de diciembre al 14 de febrero (que admite como fecha de vuelta el recurrido) no transcurrieron los 90 días. Podríamos decir que el Real Decreto 625/85 iría más allá de lo establecido en la Ley, de aceptarse la interpretación requerida por el INEM, y que, por ello, debemos aplicar por analogía el precepto antes indicado».

Esta es la tesis que aplica el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de octubre de 2012, quien tras algunas reflexiones sobre el concepto jurídico de residencia en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, considera que existe una nota común en las distintas concreciones del concepto «la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985». La línea divisoria entre estancia y residencia es algo que debería haber establecido el legislador de Seguridad Social, y también el titular de la potestad reglamentaria, pero no lo ha hecho ni uno ni otro. El vacío de regulación, entonces, habrá de colmarse mediante la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjero una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social.

Atendiendo a que el artículo 31.1 de la LOEx distingue entre residencia temporal de la estancia, empezando aquélla a partir de los 90 días de permanencia, concluye el Alto Tribunal que cuando el desplazamiento del beneficiario al extranjero no sea superior a noventa días, se está ante un nuevo supuesto de suspensión del percibo temporal de la prestación por desempleo, incluso que no es necesario que el trabajador justifique cuál fue el motivo del desplazamiento. En resumen, señala el TS, se dis-

tinguen hasta tres situaciones de la protección por desempleo:

- a) Prestación «mantenida»: en los supuestos de desplazamiento al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento haya sido comunicado a la Administración española en tiempo oportuno.
- b) Prestación «extinguida» en los supuestos de que el desplazamiento comporte traslado de residencia, esto es, por más de noventa días, excepto en los casos que a continuación se detallan.
- c) Prestación «suspendida» cuando el desplazamiento al extranjero está motivado por la «búsqueda o realización de trabajo» o «perfeccionamiento profesional» por tiempo inferior a doce meses.
- d) Prestación «suspendida» en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días.

Respecto al deber de información el Tribunal insiste en la aplicación de la normativa vigente, esto es, en la obligación de información inmediata o por anticipado del desplazamiento o salida del extranjero. No obstante lo anterior, entiende que los poderes públicos deben atender las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (circunstancias personales o familiares del beneficiario, casos de fuerza mayor, etc.). Advierte, como no podía ser de otro modo, que dicha obligación «se extiende tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles».

Para finalizar, hay que advertir que la Sentencia cuenta con un voto particular, que formula la Magistrada Dña. Milagros Calvo Ibarlucea, considerando que el Tribunal «ha invadido el ámbito competencial reglamentario cuando este decide que, existiendo residencia, la misma deberá limitarse a quince días», y que «la extensión temporal creada por la Sentencia al margen de la norma reglamentaria viene a ser fuente de discriminación indirecta en perjuicio de los beneficiarios españoles quienes en su mayoría no disponen de una infraestructura familiar y económica en otro país que les permita sus-

traerse caprichosamente a los deberes que el artículo 231 de la LGSS y normas concordantes imponen a los perceptores de la prestación por desempleo». Termino, como comenzaba, seguramente esto ha propiciado titulares confusos,

e incluso en la página web del Poder Judicial se resumía la Sentencia afirmando que «El Tribunal Supremo unifica doctrina: un inmigrante en paro no pierde la prestación al estar hasta 90 días fuera de España».

Tribunal: **Tribunal Supremo**

Fecha: **11 de diciembre de 2012**

Recurso: **Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 438/2012**

Ponente: **Dña. María Lourdes Arastey Sahun**

Voz: **No renovación de la autorización de residencia y trabajo. Falta de contradicción**

---

**Resumen:** «SEGUNDO.—En el caso de la sentencia recurrida se trata de un trabajador, de nacionalidad colombiana, que suscribió contrato con la empresa demandada en mayo de 2007, hallándose en posesión de los correspondientes permisos de trabajo y residencia. En dicho contrato se incluyó una cláusula según la cual el contrato se extinguiría cuando el trabajador incumpliera sus obligaciones en cuanto a la solicitud de prórroga o renovación del permiso de trabajo o autorización administrativa para trabajar o éstos se extinguieran o fueran revocados por cualquier causa, en cuyo caso el trabajador vendría obligado a poner este hecho en conocimiento de la empresa, considerándose el contrato extinguido desde la extinción o revocación del permiso, sin indemnización para el trabajador pero con derecho a los salarios por los servicios prestados desde la extinción y la finalización efectiva de aquéllos (así resulta del hecho probado que incorpora la sentencia de suplicación).

Al serle denegada al trabajador la renovación del permiso de trabajo, la empresa procedió a comunicarle la extinción del contrato.

Interpuesta demanda por despido, el Juzgado acogió la pretensión del trabajador y lo declaró improcedente, siendo revocado tal pronunciamiento por la Sala de Madrid mediante la sentencia ahora recurrida en la que se razona que, denegada la renovación del permiso, debía producirse la automática extinción del contrato porque el trabajador pasa a una situación de ilegalidad y el contrato que se mantuviera en tales circunstancias sería nulo. De ahí que concluya

que no hubo despido, ni siquiera cabía acudir al art. 52.a) ET porque, en tal caso —sigue razonando la sentencia recurrida— hay posibilidad de asignar otro puesto de trabajo compatible, cosa que no puede suceder en el caso de la falta de permiso de trabajo.

En el supuesto resuelto por la sentencia de contraste coincide la circunstancia de tratarse de un trabajador extranjero a quien se deniega la renovación del permiso de trabajo, cuando ya llevaba casi dos años prestando servicios de forma regular para la empresa demandada. También allí la empresa adopta la decisión de considerar extinguido el contrato y el trabajador impugna la misma como despido, que es calificado de improcedente por el Juzgado de instancia. La Sala del País Vasco confirma el pronunciamiento de la instancia y ello porque considera que la empresa debió acudir a los cauces del despido objetivo del art. 52.a) ET.

Pese a las enormes similitudes entre los dos supuestos comparados, hemos de afirmar que no se da la contradicción necesaria para sostener el recurso.

Es cierto que, *a priori*, el núcleo de la decisión parece estar en la postura que se adopte sobre cuál es el cauce adecuado para efectuar la ruptura del vínculo contractual una vez se produce la pérdida del permiso de trabajo. En este sentido, mientras que la sentencia de contraste sostiene que ante tal situación el empresario debe acudir al despido objetivo por ineptitud sobrevenida, la sentencia recurrida niega que esa figura extintiva se acomode a este tipo de situaciones y se decanta por una extinción auto-

mática sin derecho a indemnización. De quedar dibujada así la comparación, habría que afirmar la concurrencia de contradicción doctrinal.

Sucede, sin embargo, que en la sentencia recurrida se añade una circunstancia que impide la perfecta identidad fáctica. Como se ha indicado, en el caso que ahora se nos somete a conocimiento, las partes habían incluido una cláusula resolutoria del contrato de trabajo que contemplaba la eventualidad de la falta de renovación del permiso de trabajo. Tal circunstancia altera por completo el resultado de la comparación puesto que, fuera cual fuera la conclusión a alcanzar respecto del mecanismo por el que, en abstracto, la empresa pudiera acudir a la ruptura del vínculo contractual en caso de pérdida del citado permiso de trabajo, en el supuesto de autos había que analizar y tener en cuenta la validez y el juego, en su caso, de la indicada cláusula resolutoria; circunstancia que no concurría en el supuesto de la sentencia de contraste.

TERCERO.—Lo dicho debió de haber provocado la inadmisión del recurso, tal y como también postula el Ministerio Fiscal, y se torna en este trámite en causa de desestimación del mismo. Sin costas».

#### NOTA

El recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se comenta es desestimado por falta de contradicción. Aun así parece interesante dedicarle unas líneas, pues aborda una cuestión de frecuente comentario en esta sección: los efectos que sobre el contrato de trabajo acarrea la falta de renovación de la autorización de residencia y trabajo de un trabajador extranjero que ha venido prestando servicios regulares en España.

Un trabajador de nacionalidad colombiana venía prestando servicios por cuenta y dependencia de una Empresa Ahorramas, S.A., desde el día 14 de mayo de 2007, con la categoría de ayudante y percibiendo un salario bruto mensual de 1.094,63 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. El 31 de mayo de 2010 la empresa le remite una comunicación escrita en la que se recoge que ha tenido conocimiento que su autorización de residencia y trabajo tem-

poral en dicha fecha no está vigente al no haber sido renovada. De esta forma, y conforme a lo establecido en el artículo 7 ET y lo dispuesto en el apartado 10 de las cláusulas adicionales del contrato de trabajo, la relación laboral queda extinguida por lo que debe abstenerse en adelante de prestar sus servicios para la empresa. Asimismo, ésta pone en su conocimiento que procederá al pago de los haberes pendientes y correspondientes al trabajo prestado.

En efecto, el trabajador había solicitado la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo, que fue denegada por resolución de la Delegación del Gobierno de 12 de mayo de 2010 por existir dos sentencias firmes penales de 23 de marzo de 2009 dictadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Arganda del Rey e informe gubernativo desfavorable. Frente a dicha resolución, el trabajador interpuso recurso de alzada.

La Sentencia de instancia de 14 de octubre de 2010 del Juzgado de lo Social núm. 40 de Madrid estimó la demanda interpuesta por el trabajador y declaró el despido improcedente, condenando a la empresa demandada a abonarle la indemnización correspondiente. Recurrida dicha Sentencia en Suplicación por ambas partes, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 19 de diciembre de 2011, desestima el recurso interpuesto por el trabajador, pero estima el presentado por la empresa, revocando la sentencia de instancia, absolviendo a la empresa de todos los pedimentos deducidos en su contra. Dicha Sentencia fue objeto de comentario en el núm. 29 de esta Revista, conjuntamente con las SSTSJ de Madrid de 7 de octubre de 2011 y Galicia de 21 de septiembre de 2011, de las que se dedujeron ciertas conclusiones sobre las que luego se insistirá.

Formalizado el recurso de casación para la unificación de doctrina, se presenta como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de octubre de 2010. En este caso, un trabajador extranjero prestó servicio para una empresa de limpieza desde el 18 de diciembre de 2007, con la categoría profesional de limpiador y un salario mensual de 1.300 euros incluida la prorrata de pagas extraordinarias. Mediante

Resolución del Gobierno de Vizcaya de 9 de noviembre de 2009 se le denegó la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo. De esta forma, cuando se reincorpora a la Empresa, tras una situación de incapacidad temporal, le notifican verbalmente que «ya no era empleado de la mercantil al estar en situación irregular», causando baja en la Seguridad Social. La Sentencia del Tribunal del País Vasco declara que la denegación de la renovación de las correspondientes autorizaciones de trabajo de extranjeros genera la aparición de una causa de ineptitud sobrevenida que permite al empresario despedir al trabajador extranjero al amparo del art. 52.a) ET, «en forma similar a lo que sucede en otros casos en que también le sobreviene al trabajador una pérdida de aptitud, como por ejemplo: 1) por no renovación del permiso de conducir; 2) cuando deja de tener la titulación académica precisa para impartir la enseñanza, al requerirse una nueva; 3) en el caso de quien es desentrolado de un buque de la marina mercante por no ser ya titulación suficiente la que hasta ahora sí lo era». Continúa afirmando el Tribunal que tal es el educado encaje que tiene la renegación de la renovación, que se ajusta a la naturaleza propia de esta causa de extinción contractual, permite al empresario no situarse en una circunstancia constitutiva de infracción

administrativa y es respetuosa con los derechos del trabajador extranjero al que una situación ajena a su voluntad ha colocado en situación de irregular si el contrato de trabajo se mantuviera.

El Tribunal Supremo en la Sentencia que ahora se reseña entiende que aunque es cierto que «a priori», el núcleo de la decisión parece estar en determinar cuál es el cauce adecuado para efectuar la ruptura del vínculo contractual cuando se produce la pérdida de la autorización de trabajo, no se aprecia la identidad fáctica que permita la casación para la unificación de doctrina. La Sentencia recurrida se decanta por una extinción automática sin derecho a indemnización, mientras que la Sentencia de contraste, por acudir a la vía del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, pero en el primer caso las partes habían incluido una cláusula resolutoria del contrato de trabajo que contemplaba la eventualidad de la falta de renovación del permiso de trabajo.

Lamentablemente, no ha sido afortunada la elección de la sentencia de contraste, pues de haber aportado la citada STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2011 o la muy interesante STSJ Madrid de 13 de junio de 2012, comentada en el núm. 31 de esta Revista, el Tribunal Supremo hubiese tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión que reclama la unificación de doctrina.

## PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora TU de Derecho del Trabajo  
Universidad Rey Juan Carlos*

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **30 de noviembre de 2012**

Recurso: **Recurso de apelación núm. 227/2012**

Ponente: **Dña. Ascensión Martín Sánchez**

Voz: **Permiso de residencia y trabajo: denegación de la renovación. Medida cautelar improcedente**

---

**Resumen:** «SEGUNDO.—Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los recogidos en la presente sentencia.

La sentencia de instancia funda su desestimación en los fundamentos que recoge la resolución de la Delegación del Gobierno; es decir, en que la recurrente había solicitado una modi-

ficación de la autorización de residencia y trabajo en autorización de residencia no lucrativa, y que esto lo había hecho al amparo del art. 203.3 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 2/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. El citado artículo establece textualmente.

«Modificaciones de la autorización de residencia y trabajo

(...)

3. Las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena podrán modificarse en autorizaciones de residencia temporal no lucrativa, residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo, residencia temporal y trabajo para investigación, o residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados, a solicitud del interesado, siempre que se le haya renovado ya su autorización inicial o que presente la solicitud en el momento en el que corresponda solicitar su renovación.

A dichos efectos, deberá cumplir los requisitos previstos en el apartado anterior en cuanto al desarrollo de su actividad como titular de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, así como los propios del tipo de autorización que solicite.

Excepcionalmente, podrá acceder a la modificación de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo, sin necesidad de que haya llegado el momento de renovación de la misma, el extranjero que acredite una necesidad por circunstancias sobrevenidas para garantizar su subsistencia, como el hecho de que, por causas ajenas a su voluntad, hubiera cesado la actividad por cuenta propia o se hubiera interrumpido la relación laboral por cuenta ajena...».

Sin embargo, si observamos el escrito presentado sin asistencia letrada por la Sra. Ruth, nada dice de esa modificación en el sentido recogido por el art. 203.3 del Reglamento, sino que utiliza un impreso de solicitud de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar en el que incluso erróneamente, en el apartado de los datos del reagrupado, hace constar los de su cónyuge, a este impreso estereotipado de solicitud le acompaña una nota manuscrita en

la que dice que solicita cambiar su permiso de trabajo y residencia a solo permiso de residencia dependiendo de su esposo del que da los datos y en ningún momento hace referencia al nuevo art. 203. Junto con la solicitud aporta contrato y nóminas del marido, acta de matrimonio, tarjetas de autorizaciones de residencia de ella (válida hasta el 21-06-11), de su esposo y del hijo de ambos nacido en mayo de 2009, reagrupado con el padre, así como el libro de familia, certificado de convivencia del Ayuntamiento de Blanca (donde consta la fecha de alta en el padrón de la Sra. Ruth el 1-07-08, de su marido el 24-02-2006 y de su hijo menor el 01-05-2009), informe del SEF de la Región de Murcia donde consta las fechas de inscripción, pasaporte de la solicitante, y declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (modelo 100) correspondiente al ejercicio 2010 presentado por el esposo. Frente a toda esa documentación y pese a que no se había solicitado expresamente la modificación de conformidad con el art. 203.3 del Reglamento, ni siquiera se había utilizado un modelo estereotipado de modificación de conformidad con ese precepto, la Delegación de Gobierno interpretó la petición de la recurrente como una modificación en sentido formal y sin dar respuesta a si podía gozar de un permiso de residencia dependiendo de su esposo, le deniega la modificación al no cumplir los requisitos que dicho precepto exige, pues se le había desestimado su petición de renovación por no acreditar los tiempos preceptivos de desarrollo de actividad laboral que le fue concedida. Pero, insistimos, nada motivó respecto a la posibilidad de que pudiera ser reagrupada por su marido o respecto a que pudiera disfrutar de un permiso de residencia no lucrativa, no como modificación del anterior permiso sino como una petición nueva, basada eso sí, en que había gozado hasta fechas recientes de permiso de trabajo y residencia, y que podría gozar de arraigo y que tenía medios suficientes al vivir a expensas de su marido.

Todo ello nos hace entender que ciertamente la resolución de la Delegación del Gobierno no se encuentra suficientemente motivada, pese a lo señalado en la sentencia de instancia. Por eso esta Sala sin entrar a examinar si la apelante puede gozar o no de un permiso de residencia, o si tenía derecho a ser reagrupada, revoca

la sentencia apelada y anula la resolución de la Delegación del Gobierno por falta de motivación respecto a la solicitud formulada por la recurrente que no fue exactamente de una solicitud de modificación al amparo del art. 203.3 del Reglamento.

TERCERO.—En razón de todo ello procede estimar el recurso de apelación, revocando la sentencia apelada y anulando, por falta de motivación, la resolución de la Delegación del Gobierno de 21 de noviembre de 2011, sin que haya lugar a expresa imposición de costas (art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional)».

#### NOTA

El Juzgado de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Delegado del Gobierno de Murcia de 21 de noviembre de 2011, por la que se desestima la solicitud de modificación de una autorización de residencia y trabajo temporal a una autorización de residencia temporal no lucrativa.

Entiende la Delegación del Gobierno, en su resolución, que la solicitante no acredita los requisitos exigidos en el artículo 203.3 del RD 557/2011, en concreto que no acredita el desarrollo de la actividad exigida para la renovación de la autorización de residencia y trabajo para la que fue concedida, circunstancia necesaria de conformidad con lo prescrito en el precepto referenciado.

Esta tesis es confirmada por el Juzgador de instancia «máxime cuando la modificación la

insta una vez que conoce la denegación de la renovación solicitada por falta de actividad».

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia en la Sentencia que se extracta advierte que la solicitante utilizó un impreso de solicitud de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar; incluso, erróneamente, en el apartado de los datos de reagrupado, hace constar los de su cónyuge. A dicho impreso, acompaña una hoja manuscrita en la que hace referencia a su situación personal y familiar (tarjetas de autorización de residencia anteriores, acredita el matrimonio y la certificación de convivencia, contrato y nóminas de su cónyuge así como la declaración de la Renta de las Personas Físicas presentada por éste, etc.). Lo que solicitaba era una autorización de residencia no lucrativa, alegando como medios de vida que dependía de su esposo, pero la Delegación del Gobierno interpretó la petición como una modificación en sentido formal, y la deniega por incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 203.3 RD 557/2011 (en particular, la falta de actividad durante el tiempo de vigencia de la autorización de residencia y trabajo). Pero nada motivó sobre la posibilidad de que pudiera ser reagrupada por su marido o respecto a que pudiera disfrutar de un permiso de residencia no lucrativa, como una petición nueva.

Acertadamente, declara el Tribunal de Justicia de Murcia que la resolución de la Delegación del Gobierno no se encuentra suficientemente motivada, procediendo a estimar el recurso de apelación.

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **29 de octubre de 2012**

Recurso: **Recurso de apelación núm. 233/2012**

Ponente: **Dña. Leonor Alonso Díaz-Marta**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo temporal. Modificación**

---

**Resumen:** «SEGUNDO.—Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho del auto apelado, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º CUATRO de Murcia, ya que, contrariamente a lo aducido por el Abogado de la

parte actora, el auto pondera adecuadamente las circunstancias concurrentes y la prevalencia del interés general frente a su interés particular, y se funda entre otras en Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006, que se refiere

al proceso principal que, además, ha sido reiterada en términos semejante por las Sentencia de esta Sala.

Como acertadamente señala el Auto recurrido, la Ley reguladora de la Jurisdicción de 1998 en materia de medidas cautelares establece que procede, a la hora de decidir su adopción, valorar en primer lugar los intereses en conflicto, incluido el interés general que la Administración representa y defiende, y en segundo lugar, determinar si la ejecución del acto puede hacer perder su finalidad legítima al recurso. Sin que pueda entenderse que la denegación de la medida cautelar supone la vulneración del derecho de defensa o del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, ya que según reiterada jurisprudencia ésta se obtiene desde el momento en que el interesado ha tenido acceso a la vía jurisdiccional procesalmente representado, con posibilidad de pedir ante la misma la suspensión del acto impugnado y de recurrir en apelación la decisión adoptada que deniega la suspensión de forma motivada. No es cierto que la expulsión suponga que no pueda defenderse en el proceso, ya que ha comparecido en el mismo procesalmente representado, pudiendo en consecuencia aportar todas las pruebas que estime necesarias en defensa de su derecho. Además, el argumento referido a que la ejecución del acto haría perder la finalidad del recurso, de puro utilizado, con escasa fundamentación práctica, corre el riesgo de desvanecerse porque: a) si se entiende que la ejecución provisional hace imposible el retorno definitivo, está equivocado; b) si lo que teme la parte actora es que se corra el riesgo de abandono del recurso, ello será responsabilidad de los profesionales designados de oficio que han de seguirlo hasta su conclusión;

Procede recordar asimismo sobre la posibilidad de suspender los actos de contenido negativo como es el aquí impugnado, que la jurisprudencia ha señalado que los actos de contenido negativo no deben suspenderse porque ello supondría acceder provisionalmente a lo solicitado, lo que es muy distinto al mantenimiento de la situación anterior al momento de dictarse el acto que es la finalidad propia de esta medida cautelar (AATS Sala 3.ª, de 16-7-91, 18-12-92, 22-11-93, 27-3-93, 25-1-94, 26-12-94,

6-2-95, 16-5-95 y 22-9-95). También es esta la doctrina del Tribunal Constitucional aplicada en el Auto de 29 de marzo de 1990, en el que se dice que en estos casos lo que se pide es la suspensión de una suspensión. Dice el Alto Tribunal que cuando el acto al que se imputa una lesión de derechos fundamentales no es simplemente impeditivo de una libertad, ni impone obligación alguna, consistiendo solamente en la denegación de un reconocimiento de derechos que del poder público afectado se pretende obtener, la estimación anticipada se convertiría en una estimación anticipada de la pretensión de fondo. En los casos de actos negativos, como es el presente, debe denegarse la suspensión por la propia naturaleza de la medida cautelar, cuya finalidad es mantener el status quo existente en el momento de adoptarse el acto recurrido, pero no conferir a la medida cautelar impetrada un efecto positivo de reconocimiento preventivo de los efectos de una hipotética sentencia favorable y, por ende, la modificación de la situación anterior. El criterio contrario determinaría que, en trámite de un incidente de naturaleza cautelar, se produjera el otorgamiento o concesión de lo pedido en vía administrativa, lo cual es de todo punto ajeno a la propia naturaleza de la suspensión que se solicita para mantener la situación anterior al acto impugnado. En este sentido se ha pronunciado esta Sección entre otras en las sentencias 31/05, de 24-1, 447/06, de 26.5 y 663/06, de 12-7.

En el presente caso, tal y como afirma el apelante el Juzgador accede a la medida cautelar positiva y lo hace valorando los intereses en conflicto.

Cuando la resolución originariamente impugnada acuerda denegar la solicitud del actor de permisos de residencia permanente. En la pieza de medidas cautelares remitida no figura la resolución impugnada y no consta que en el acto impugnado se acordara que la denegación de la renovación implique la obligación de salir del territorio nacional en determinado plazo. En consecuencia no puede entenderse que por sí misma cause unos perjuicios graves al interesado.

Por lo tanto en principio siendo el acto impugnado de contenido negativo, según la

jurisprudencia citada habría que denegar la medida cautelar positiva, ya que la solución contraria supondría de hecho acceder a lo que ha sido denegado en vía administrativa en un momento procesal inoportuno, anticipando con ello la decisión de la cuestión de fondo planteada que debe hacerse en la sentencia como ha venido señalando esta Sección en sentencias anteriores como la 808/06, de 29 de septiembre y 1088/07, de 28 de noviembre. Dice este Tribunal en esta última resolución: «Conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de esta Sala de lo Contencioso-administrativo no procede en esta vía que pueda accederse a lo solicitado, pues sería otorgar lo no concedido en la vía administrativa, es decir, otorgar un permiso de residencia y trabajo mientras dura el presente recurso. Ello supondría anticipar indeseablemente el fallo de la sentencia que en su día recaiga en los autos principales. Estamos en presencia de un acto negativo, la no concesión del permiso de trabajo y residencia, por lo que en la práctica es casi imposible que pueda acordarse como efecto positivo la concesión, pues se pretende por el trámite de las medidas cautelares el efecto solicitado en el pleito principal. Conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado, en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal. En consecuencia... no procede acceder a lo solicitado, máxime en el presente supuesto en el que carecemos de datos para poder afirmar que concurre el requisito del *fumus boni iuris*».

Ello no obstante en el presente caso no se dan unas especiales circunstancias que justifiquen de forma suficiente la medida cautelar acordada por el Juzgado (reflejadas en el anterior fundamento jurídico) de acuerdo con el principio *fumus boni iuris*, informe gubernativo desfavorable, antecedentes policiales, lo que motivo que le fuese denegada la renovación de la residencia; ello sin perjuicio de entender que no procede conceder la renovación de los permisos denegada por la Administración ni siquiera provisionalmente mientras se tramita el recurso, porque

con ello se está ejerciendo una competencia o potestad que solamente corresponde a la Delegación del Gobierno. Por lo tanto aunque no sería correcta la denegación de la medida cautelar solicitada, la misma debe ser entendida en el único sentido de entender suspendida la eficacia de la denegación de la renovación solicitada, lo que supone que no se deba expulsar al interesado mientras se tramita el recurso y que sigan teniendo eficacia mientras se tramita el recurso los permisos inicialmente concedidos.

En sentido similar se pronunció esta Sección en la sentencia 101/07, de 16 de febrero, en el que ante las circunstancias alegadas (el solicitante tenía un hijo nacido en España y en el acto administrativo se acordaba la salida obligatoria de nuestro país) se accedía a la adopción de la medida cautelar, eso sí, dejando claro en el último fundamento jurídico que ello no suponía que se accediera a conceder provisionalmente los permisos de residencia y de trabajo denegados en el acto impugnado y en igual sentido la sentencia n.º 763/09».

#### NOTA

El Juzgado de instancia no accede a la medida cautelar positiva solicitada en la impugnación judicial contra una resolución que deniega la autorización de residencia permanente de un extranjero nacional de Ucrania.

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en la Sentencia de 30 de noviembre de 2012, estima parcialmente la recurso de apelación, confirmando la denegación de la medida cautelar acordada por el Juzgado, en el sentido de no conceder provisionalmente como medida cautelar positiva la renovación de la autorización. Para fundamentar su decisión reproduce la doctrina jurisprudencial consolidada acerca de que «los actos de contenido negativo no deben suspenderse porque ello supondría acceder provisionalmente a lo solicitado». Sin embargo, y aquí radica la importancia de la Sentencia reseñada, declara que sigan teniendo eficacia los permisos inicialmente concedidos y, en consecuencia, que no se decrete durante el tiempo de tramitación del pleito la salida obligatoria del interesado de nuestro país.

## DERECHO PENAL

**Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Ejercicio consentido de la prostitución por ciudadana brasileña. Comunicación de la existencia de una deuda en el momento de recoger a la denunciante en el aeropuerto. Derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. Intervención de las comunicaciones: Testigo protegido. Suspensión de la medida de expulsión del territorio nacional. Credibilidad de la declaración de la testigo protegida. Consumación del delito de determinación coactiva a la prostitución: Ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **19 de julio de 2012**

Recurso de Casación: **2124/2011**

Ponente: **D. Joaquín Giménez García**

Voz: **Inmigración clandestina: ejercicio de la prostitución**

Un estudio directo de las actuaciones pone de manifiesto que las diligencias se iniciaron en virtud de una diligencia de exposición de 24 de Mayo de 2008 sobre el *modus operandi* de las redes clandestinas destinadas a la introducción irregular de ciudadanos extranjeros —folios 1 a 6—. En esta situación se hace referencia a la declaración de una mujer que denunció a la policía la posible existencia de una organización criminal dedicada al tráfico de mujeres desde Brasil a España, dicha mujer trabajaba en el Club «(...)» del que dio detalles concretos, así como del viaje suyo desde Brasil a España, facilitando unos números telefónicos de la persona que contactó en Brasil con ella para venir a España, y de las condiciones en que hizo el viaje, que fueron a recogerla y a llevarla a dicho Club, del trabajo de prostitución que tenía que realizar y demás datos que obran en dicha diligencia a la que se acompaña la propia declaración de la mujer, así como los datos de otras personas implicadas en la red. A destacar que en dicha declaración la testigo protegida declara que estuvo trabajando dos meses y medio sin cobrar nada, que la deuda que tenía contraída por venir era de 4.750 euros, que solo podía salir acompañada de Esteban, que éste tiene un carácter violento y que tiene miedo, que al principio le retiraron el pasaporte y pasada una semana se lo dio Esteban porque le dijo ella que no iba a escapar y que le pagaría el dinero.

(...)

Por otro lado, nada importa que la víctima fuese única o que no se le hubiera compelido al ejercicio de la prostitución. La conducta típica del artículo 318 bis 1 del Código Penal se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal. Para la consumación del artículo 318 bis 1 CP, que ha sido el aplicado, es bastante la ejecución de aquellas conductas, sin ulterior finalidad de ejercicio de la prostitución como forma de explotación sexual. En este sentido se pronunciaron las SSTS 127/2008, de 26 de Febrero y 152/2008, de 8 de Abril, afirmando esta última que, aunque en el tipo se alude a personas en su concepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica, lo que pese a la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1.º determina que, aunque sean varias las personas afectadas, estaríamos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal, tesis que ya había sostenido la STS 284/2006, de 6 de Marzo.

Poco importa que exista solo un testigo, sabido es que los testimonios «*se pesan, no se cuentan*», por lo tanto si le ha merecido crédito y verosimilitud, que en el presente caso se refuerza por la corroboración de encontrarse

trabajando en el local del recurrente, ninguna objeción puede ser efectuada.

La valoración que del testimonio efectuó la Sala no es arbitraria sino razonada en extremo.

Para concluir debemos recordar que es reiterada la doctrina de la Sala que tiene declarado que en relación a las pruebas personales (acusado, víctima o testigos) se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial y por tanto conectado con la intermediación que tuvo el Tribunal de instancia y de la que carece esta Sala, por lo que queda extramuros del control casacional, pero existe un segundo nivel relativo a la valoración que efectuó el Tribunal de instancia y las razones por las que de las distintas versiones ofrecidas por las personas concernidas, alzaprímó una como de superior credibilidad de las rechazadas. La argumentación del porqué de esa elección es ajena a la intermediación, y obviamente, queda dentro del control casacional que debe efectuar esta Sala, por tanto la estructura racional del discurso efectuado por el Tribunal de instancia sí puede ser revisado —SSTS 778/2007; 56/2009; 901/2009; 1104/2010 ó 541/2012—. Desde esta doctrina concluimos con la razonabilidad de la decisión del Tribunal en relación a la credibilidad del testimonio de la mujer.

Retenemos los siguientes párrafos del f.jdco. quinto de la sentencia para justificar la absolución del recurrente por el delito de determinación de la explotación, en el que se razona y matiza la credibilidad del testimonio a la vista de las diversas declaraciones efectuadas.

«... Partamos de un dato inconcuso: la testigo protegido tenía intención de ejercer la prostitución en España, lo que de entrada hace desaparecer del panorama jurídico lo relativo al engaño y a la intimidación, así como lo de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima, que en términos coloquiales sabía a lo que venía a nuestra patria y a qué lugar concreto, por lo que de antemano era sabedora de que en ese club iba a ejercer la prostitución. Y así lo hizo, ya que ha quedado acreditado a través de las declaraciones habidas en autos que la testigo se instaló en el club, vivía allí, concertó con Esteban lo del alojamiento y la comida, y se dedicó a lo que había venido: a ejercer la prostitución.

Y a ejercerla libremente y sin sujeción alguna a horarios o condicionamientos, tal y como lo manifestaron las personas que a la vista oral comparecieron, existiendo un dato objetivo que da al traste con lo de obligación impuesta por Esteban a la testigo para que se mantuviera en el ejercicio de la prostitución, así como que estaba esclavizada por parte del mismo. Nos referimos al hecho indubitado de que al mes escaso, mes o quince días, da lo mismo, la testigo se empareja con uno de los camareros del club, Teodosio, y se va a vivir con él a un piso en la localidad de Naval Moral de la Mata, abandonando su habitación en el local, algo impensable y que va contra toda lógica, ya que si la testigo estaba sujeta a esa esclavitud y a esa dependencia de horarios y de costumbres; si su libertad ambulatoria estaba constreñida porque no podía salir del club; si su horario de trabajo estaba marcado de forma rigurosa, tanto que se imponían multas por Esteban cuando se llegaba tarde o cuando se cometían otras infracciones; si esa situación era así, agobiante e impuesta por Esteban a la testigo protegida, ¿cómo su empleador-explotador va a consentir que la testigo se marche del club y haga su vida fuera del mismo, lo que llevaría a perder el control sobre la misma y por ende la pérdida de los ingresos que generaba la testigo cuando ejercía la prostitución?. Es incomprensible que un explotador sexual como el acusado consienta que salga del área de su dominio la persona a la que obliga a mantenerse en el ejercicio de la prostitución, al suponer ello la pérdida de dinero que esa persona generaba y que ya no es controlable porque vive fuera del club.

Es la propia testigo la que nos dice que a pesar de vivir con Teodosio seguía yendo al club a trabajar, algo que hace decaer sus anteriores manifestaciones en lo relativo a que sus salidas del local estaban y eran vigiladas por Esteban, aseveración que no se mantiene ni se concilia con la independencia de la que empezó a gozar la testigo cuando se marchó a vivir fuera del club, algo que hacía imposible que el acusado Esteban la siguiera vigilando, controlando, explotando e imponiéndola condiciones en su existencia diaria, algo de todo punto inviable al residir la testigo fuera del local, hecho que imposibilitaba al acusado el imponer nada a la

testigo protegido dada la separación física y la distancia que mediaba entre ellos...»..

No existió ninguna de las violaciones que se denuncian. El recurrente fue condenado en vir-

tud de prueba de cargo válida, suficiente, razonada y razonablemente valorada y por supuesto se está extramuros de toda arbitrariedad.

Procede la desestimación del motivo.

**Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Ofrecimiento en Marruecos, y con la intención de la obtención de un enriquecimiento ilícito, a ciudadanos marroquíes de la posibilidad de entrar legalmente en España para trabajar, sin tener desde un principio voluntad de hacer finalmente efectiva tal oferta.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña**

Fecha: **9 de octubre de 2012**

Procedimiento Abreviado: **15/2012**

Ponente: **D. Ignacio Alfredo Picatoste Sueiras**

Voz: **Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y de otro continuado de falsedad en documento privado**

El acusado Adrian, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de dueño, administrador y representante legal de la empresa (...), sita en la calle (...) de Vilaboa, en el término municipal de Culleredo, se dedicaba profesionalmente a la realización de instalaciones y reparaciones eléctricas. Al amparo de esa actividad, guiado por la intención de obtener un enriquecimiento ilícito y de acuerdo con una persona de nacionalidad marroquí a la que no afecta la presente causa, se dedicó a ofrecer en Marruecos a ciudadanos de esta nacionalidad la posibilidad de entrar legalmente en España para trabajar, sin tener desde un principio voluntad de hacer finalmente efectiva tal oferta. En ejecución de este plan, Adrian ofrecía un empleo estable en su empresa y se encargaba de la tramitación de la documentación necesaria, entregando a cambio cada trabajador la suma de 10.000 €, cantidad para ellos elevada y que conseguían de sus familias vendiendo buena parte de su patrimonio, en la creencia de que podrían devolverla en un año dadas las condiciones de empleo y los sueldos prometidos. Una vez en España los trabajadores eran trasladados a A Coruña, en donde Adrian les recibía, les alojaba y les acompañaba a realizar los trámites administrativos esenciales para, a los pocos días, presentar su baja voluntaria en la Seguridad Social, firmada por los propios inmigrantes sin conocer

totalmente el contenido del documento o por un tercero por encargo de Adrian y dejar de tener contacto alguno con ellos.

(...)

Respecto del primer delito, la prueba practicada no ofrece lugar a dudas o explicaciones alternativas y supone la presencia de unos elementos incriminatorios insoslayables, en la medida en que permite establecer la relación del acusado con cada una de las etapas de la actuación delictiva. Pese a sus explicaciones pretendiendo mantener en todo momento la absoluta legalidad del funcionamiento de su empresa y limitando la vinculación con los marroquíes a un contacto establecido para la obra de Marina d'Or, lo cierto es que la participación en la trama delictiva con funciones de dirección resulta incuestionable. En primer lugar, es increíble que una persona en Marruecos pueda disponer de toda la información necesaria para contratar trabajadores para la empresa y que esa contratación de empleados extranjeros en origen pueda efectuarse sin conocimiento de quien tiene la condición de administrador y representante legal de la empresa, a quien corresponde la efectiva capacidad para obligarla. En segundo lugar, la actividad personal y directa de Adrian fue decisiva en la conservación de esa apariencia de normalidad de cara a los inmigrantes respecto al cumplimiento de la oferta de trabajo por la que

pagaron y se trasladaron a España, al recibirles en la estación de autobuses, llevarles a casa y acompañarles en las primeras gestiones para regularizar su situación municipal. Sobre este punto, su relación con la persona que contrató a los trabajadores en Marruecos y los traía desde Castellón no puede calificarse como inexistente o casual dada la pluralidad y complejidad de estas actuaciones, de tal manera que la pretensión de que este contacto era ajeno a la empresa o se limitó a una sola ocasión es ajeno a la propia dinámica de la conducta.

Basta con remitirse a la testifical practicada en la vista para tener estos extremos por acreditados: la Sala da absoluto crédito a la declaración de los tres inmigrantes, pese a lógicas dificultades de su expresión debidas a la diferencia de idioma, al referir un relato similar de la forma y condiciones en las que fueron captados, de su periplo hasta A Coruña y de las condiciones en las que permanecieron en la ciudad, siendo finalmente abandonados sin medios en un país del que apenas conocían el idioma. En ellas hay dos detalles cuya espontaneidad refuerza su poder de convicción, al indicar uno de ellos que mientras permanecieron en el piso llegó otro grupo de compatriotas en su misma situación y otro que acudieron a la sede del sindicato en la que se inició la presente porque entendieron por sus siglas que era una oficina en la que podían encontrar trabajo. El planteamiento de la defensa, tratando de dar a la situación la condición de falta de carga de trabajo sobrevenida con posterioridad a la contratación (rebatida por el tránsito de más inmigrantes) y dejando entrever que la denuncia era consecuencia de una intervención sindical que supliría la de los trabajadores (rebatida por su acceso al local del sindicato con el fin ya dicho), queda con ello rebatido. Esta contundencia adquiere mayor entidad si sumamos a lo dicho: la declaración del representante de UGT que les recibió y asistió, describiendo la situación de abandono en la que estaban y la información recibida de fuentes policiales cifrando en unas treinta personas las que la empresa del acusado tenía en esa situación; las de los dos agentes del Cuerpo Nacional de Policía que, pese a imprecisiones y limitaciones nos permiten establecer la plena identificación de Adrian desde un primer

momento y la existencia de una situación extraña con un excesivo número de solicitudes que después se traducían en muy pocos días de trabajo efectivo y un aparente cese inmediato de la relación laboral; y la propia declaración del testigo de la defensa, empleado de «Electricidad Senín SL» en Marina d'Or, en el sentido de que los trabajadores marroquíes eran contratados en el mismo lugar de la obra y los llevaban sus propios compañeros, lo que descarta el uso del mecanismo de la contratación en origen y la justificación dada de la acuciante necesidad de mano de obra.

(...)

Desde el punto de vista de la calificación jurídica, en la alternativa propuesta por el Ministerio Fiscal procede optar por la subsunción del hecho en la previsión del artículo 318 bis del Código Penal. En primer lugar, el bien jurídico protegido, referido a los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros, se ajusta mejor al caso que el del artículo 313, centrado en el control de los flujos migratorios usados para atentar contra los derechos de los trabajadores. En segundo lugar, la redacción del precepto introducida por la LO 13/2007, vigente en el momento en el que tuvo lugar el hecho, sanciona la inmigración clandestina, lo que no es el caso, y no el favorecimiento de la emigración con un contrato simulado como hace el actual tipo. Y, en tercer lugar, porque la STS de 21 de septiembre de 2007, recurso número 2436/2006, en un supuesto casi idéntico de contratación de trabajadores en Marruecos a través de contactos personales en ese país del empresario español y a cambio de una cantidad de dinero para finalmente encontrar, una vez en el territorio español que no había los puestos de trabajo prometidos. En esa resolución el Tribunal Supremo entiende clandestina o ilegal la entrada realizada «... a través de medio fraudulentos como ofertas de trabajo no ajustadas a la realidad, siendo de simple apariencia engañosa, para obtener importantes cantidades de dinero...». E igualmente entiende la sentencia referida que esa conducta integraría además una estafa en relación con los trabajadores marroquíes, al existir un enriquecimiento patrimonial derivado de una acción engañosa movida por el ánimo de lucro de los

autores, ilícito que se incorpora a la previsión del artículo 318 bis al establecer una modalidad

agravada en su apartado tercero cuando medien ánimo de lucro o engaño.

**Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Inmigración ilegal. Acusado que llevaba escondido en el asiento de su coche a un ciudadano que carecía de la documentación exigida para poder entrar en el territorio nacional, habiéndose ocultado en el vehículo del acusado con su conocimiento y consentimiento. Tratamiento como objetos clandestina y lucrativamente. Realización de actividades de captación, transporte, intermediación para el favorecimiento de la inmigración clandestina.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona**

Fecha: **10 de octubre de 2012**

Procedimiento Abreviado: **1178/2011**

Ponente: **D. Emilio Soler Calucho**

Voz: **Delito por favorecimiento de la inmigración clandestina**

Se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. LE). En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades.

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal. De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones con finalidades turísticas, si con posterioridad a la entrada decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa. Pero, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Por tráfico ilegal hemos de entender aquel que se produce al margen de las normas esta-

blecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; y, 14/2003, de 20 de noviembre), concretamente en el Título II: «Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros» y su Reglamento, aprobado por RD de 26 de junio de 2001.

El art. 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, por lo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que

pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Asimismo se trata de un delito de mera actividad que se consume con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

Por último, en cuanto al elemento subjetivo del injusto exige el conocimiento de las circunstancias y elementos objetivos del delito —que los inmigrantes son ilegales— y la voluntad de omisión o ejecución —favorecer y facilitar el tráfico—. Por algún sector doctrinal se ha considerado conveniente —aunque el tipo penal no exige ningún elemento subjetivo del injusto— limitarlo al dolo directo, excluyendo el eventual por razones de política criminal al estar aquí ante una figura harto necesitada de restringir su ámbito de aplicación.

En el supuesto sometido a debate el basamento acusatorio descansa sobre el contenido que arroja la prueba testifical de los agentes de la Guardia Civil (...) quienes al registrar la camioneta al desembarcar hallaron en la parte inferior de uno de los asientos que lleva un espacio estanco, al extranjero transportado. El acusado manifestó que no lo conocía de nada y que la camioneta tenía la cerradura estropeada y podía haber penetrado en la misma sin su conocimiento, alegaciones que dadas las circunstancias, han de considerarse meramente exculpatorias y los agentes de la Policía manifestaron que para entrar en el cubículo y esconderlo necesitaba ayuda de otra persona por lo que no resulta verosímil que el acusado desconociese la existencia de un polizón en el interior de su camioneta.

En el presente caso y por todo lo expuesto el conjunto de la prueba practicada supone la existencia de prueba indiciaria suficiente, por la pluralidad, concomitancia e interrelación de los indicios reforzándose entre sí, como para inferir de forma racional y lógica, que no de manera arbitraria, absurda o infundada, ni como mera presunción, que los hechos son susceptibles de integrar la figura que se aprecia. Tal tipo de prueba se ha admitido por el Tribunal Constitucional (Sentencias entre otras números 174/85, 175/85, 229/88, 107/89, 384/93, 206/94 y 24/97) y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencias entre otras las de 7 de octubre de 1986, 16 de marzo de 1992, 6 de marzo de 1993, 4 de octubre de 1994, 19 de abril de 1995, 21 de mayo de 1996 y 25 de abril de 1997) como medio válido para enervar la presunción de inocencia siempre que: 1.º) Consten unos hechos base o premisa, que estén acreditados por medios de prueba directos; 2.º) Haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre tales hechos y las conclusiones fácticas inculpativas para los acusados que de aquellos se infieren; y 3.º) Se expresen los razonamientos en virtud de los cuales el Juzgador llega a tales inferencias.

Con arreglo a la doctrina expuesta, las pruebas que se han citado, son datos directos e indiciarios complementarios unos de otros con suficiencia para el Tribunal como para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que amparaba al acusado hasta este momento.

Consecuentemente concurren todos y cada uno de los requisitos prescritos por el citado precepto para poder apreciar la figura delictiva objeto de acusación.

**Delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros. Determinación coactiva a la prostitución e inmigración clandestina. Entrada y registro en lugar cerrado: Club de alterne. Entrada, con el objeto de localizar e intervenir diversos pasaportes y otros documentos de viaje, sin consentimiento del titular. Derecho a la inviolabilidad del domicilio y protección de la intimidad. Concepto de domicilio: El local comercial o de esparcimiento no integra el concepto de vivienda. Entrada en la zona de bar y requerimiento para aporte de pasaporte de la denunciante. *In dubio pro reo*: Duda sobre la concurrencia de algún elemento del tipo y que se optase por la solución más perjudicial para el condenado. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **25 de octubre de 2012**

Recurso de Casación: **74/2012**

Ponente: **D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

Voz: **Inmigración clandestina y prostitución**

La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana condenó a Demetrio como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el art. 318 bis 1 y 3 CP vigente al momento de los hechos.

La Audiencia absolvió a la acusada Pilar —esposa del anterior— a la que se le imputaba el mismo delito. Se dan por reproducidos los Hechos Probados de la sentencia impugnada, que figuran transcritos en el encabezamiento de la presente resolución.

#### RECURSO DE DEMETRIO

Denuncia este acusado la vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18.2 de la Constitución alegando «haberse practicado el registro policial en un local del recurrente denominado “Club (...)”, sin el consentimiento de su titular, D. Demetrio, de su esposa, D.ª Pilar, sin que la Policía informase a ésta, de las consecuencias que podía tener para ella y su esposo la entrada y registro, sin autorización judicial y sin existir flagrante delito.

Destaca el motivo que la Policía solicitó del Juez de Instrucción mandamiento de entrada y registro del mencionado Club [de alterne] para localizar e intervenir los pasaportes que, según la mujer denunciante (Valentina) le había sido retenida por el dueño al incorporarse al esta-

blecimiento donde ejercía la prostitución procedente de Paraguay, lo mismo que les había sucedido a otras chicas. Señala que la Autoridad Judicial denegó la solicitud policial y que, sin embargo, el Oficial instructor de las diligencias policiales dispuso se efectuase “una inspección” en el repetido Club, donde “entraron y lo registraron”.

(...)

En el caso presente, no consta en las actuaciones que los funcionarios policiales hicieran otra cosa que acceder al espacio del Club destinado a bar sin adentrarse en habitaciones o dependencias que pudieran considerarse como privadas o que tuvieran la cualidad de domicilio de alguna persona, pues ni siquiera podrían estimarse como tales las habitaciones dedicadas a que las mujeres realizaran su trabajo de prostitutas, pues las actividades propias de su vida privada y donde se desarrollaban los actos y manifestaciones personalísimas de su auténtica intimidad se desarrollaban en el domicilio que se les había asignado en un piso distinto y alejado del Club y que era su morada cuando acababan sus trabajos profesionales.

Así, pues, la diligencia policial se limitó a entrar en el bar y requerir a la coacusada la entrega del pasaporte de la mujer denunciante y de los demás que correspondieran a otras chicas, que les fueran entregados, comprobando que varias de las que allí se encontraban estaban en

situación irregular según el RD 864/2001, de 20 de julio de Reglamento de Extranjería. Actuación ésta, obligada y determinada por la denuncia formulada por Valentina.

Cuando el acusado invoca la vulneración de algún derecho fundamental de la persona, resulta necesario no solo la alegación de tal lesión, sino que ésta se encuentre acreditada suficientemente por elementos probatorios verificados, situación que en el caso presente no se da, por lo que el motivo debe ser desestimado.

(...)

Descendiendo al caso concreto, es cierto que el Hecho Probado —aunque con cierta inconcreción— incluye a la acusada en las actividades ilícitas de su marido para introducir de manera clandestina y fraudulenta a las mujeres que luego se dedicaban a la prostitución.

Pero sucede que al momento de calificar jurídicamente la específica actuación de Pilar en el F. J. Quinto, el Tribunal realiza un giro copernicano y contradice rotunda y tajantemente los hechos del “factum” que pudieran referirse a la coacusada en términos que no admiten duda, eximiéndola de responsabilidad al exponer que *“no ha quedado debidamente probado que tuviera intervención en los actos de favorecimiento de la inmigración clandestina. El rol desempeñado por ella en estos hechos tiene lugar dentro del Club (...), no hay indicios bastantes que permitan atribuirle el delito de inmigración clandestina. A este respecto las declaraciones de los testigos sobre su viaje a España no proporcionan información que vincule a Pilar con la financiación, gestión o cualquier tipo de contribución para que las chicas vinieran desde Paraguay a nuestro país. La mera relación de convivencia con el procesado no es suficiente para la atribución de responsabilidad penal”*.

Estima la Sala que en esta tesitura debe prevalecer la conclusión explícita de la fundamentación jurídica, por lo que a la postre, lo que se atribuye a la coacusada por el Tribunal a quo es que “se encontraba personalmente al frente del Club, trabajando como camarera, explicaba a las chicas la dinámica del Club, de los pagos y tenía bajo su control los pasaportes de aquéllas...».

Esta sustancial rectificación alimenta la duda de si la coparticipación en las activida-

des de inmigración ilegal que se describen en el «factum» de la sentencia, se refieren a la coacusada Pilar, o a la «tercera persona» que se encuentra en rebeldía.

Pero estas actividades se realizaban una vez que las mujeres habían entrado en España ilícita, clandestina y fraudulentamente. Es decir, una vez el delito se había consumado. En efecto, la doctrina de esta Sala ha establecido que la ilegalidad en la entrada en territorio español resulta patente en todos los casos de paso clandestino, evitando los puestos habilitados e impidiendo el control de acceso por las autoridades. Pero también aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas, como también cuando se declara falsamente el motivo del viaje y, por ello, se ha calificado de inmigración clandestina la entrada en España como turista cuando la finalidad era la de trabajar sin tiempo definido en un club de alterne (SS.T.S. 2205/2002, de 30 de enero, 1045/2003, de 18 de julio, 994/05, de 30 de mayo, 284/2006, de 6 de marzo). A este respecto, el acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 13 de julio de 2005, en relación con el alcance del art. 313.1 CP declara que el facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina (S 5 de octubre de 2006).

El delito tipificado en el art. 318 bis CP es un delito de tendencia y de mera actividad, que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquiera otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas extranjeras que no pertenezcan a países miembros de la Comunidad Europea (SS.T.S. 1059/2005, de 28 de septiembre y 284/06, de 6 de marzo), con independencia del resultado. La consecución del fin previsto, la

entrada material en territorio nacional del inmigrante una vez burlados los controles administrativos, pertenece ya a la esfera del agotamiento del delito.

Las conductas posteriores a la consumación que se proyecten sobre los inmigrantes ilegales

podrán, en su caso, ser constitutivas de otro ilícito penal, pero sus autores, que no hayan tenido participación directa o indirecta en la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o inmigración clandestina, no deben responder de este específico tipo penal.

### HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

**Homologación del título «Bachelor of Science in Technical Architecture» obtenido en un centro educativo británico con el título español de Arquitecto Técnico. Prueba pericial. Discrecionalidad técnica: Los órganos judiciales no pueden convertirse en «segundos tribunales calificadoros». Error en la comparación entre los contenidos formativos. Estimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **27 de junio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **2166/2009**

Ponente: **D. José Luis Gil Ibáñez**

Voz: **Homologación del título «Bachelor of Science in Technical Architecture». University of Wales (Reino Unido): ausencia de carencias formativas**

El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto contra la Resolución de 6 de abril de 2009, de la Subdirectora General de Títulos y Relaciones con Instituciones Sanitarias, dictada por delegación de la Ministra de Ciencia e Innovación, que deniega la solicitud de que el título de *Bachelor of Science in Technical Architecture*, obtenido por el recurrente en *University of Wales* (Reino Unido), sea homologado al título español de Arquitecto Técnico, habiéndose ampliado a la Resolución de 10 de febrero de 2010, del Subsecretario del Ministerio de Educación, actuando por delegación del Ministro de Educación, que desestimó expresamente dicho recurso administrativo.

El demandante, tras referirse a los hitos del expediente administrativo y a la entidad de la que emana el título, sostiene jurídicamente su pretensión sobre la base del concepto de la homologación, que diferencia del reconocimiento para el ejercicio de actividades profesionales, deteniéndose en los requisitos exigidos para dicha homologación, dimanantes de la Ley

Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos extranjeros de educación superior, afirmando haberse acreditado un nivel y una duración de los estudios, así como una carga horaria similar, habiéndose planteado el reparo en cuanto a los contenidos formativos, respecto de los que advierte de la ignorancia de los criterios aplicados, sosteniendo, frente a la Administración, que la formación académica es equiparable, como se ha entendido por varias resoluciones del Ministerio de Vivienda y del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, mencionando igualmente que, durante la tramitación administrativa, se le privó del trámite de audiencia.

Frente a ello, la Abogada del Estado postula, en primer lugar, la suspensión del procedimiento y, subsidiariamente, la desestimación del recurso jurisdiccional pues, en cuanto a esta última pretensión, ninguna indefensión se ha causado

al actor en la vía administrativa y el informe del Comité técnico correspondiente advirtió unas carencias formativas importantes que impiden la homologación.

(...)

El informe pericial ha analizado el programa seguido para la obtención del título de *Bachelor of Science in Technical Architecture* y el español de Arquitecto Técnico según el Real Decreto 927/1992, de 17 de julio, haciendo una comparación entre las dos formaciones —de las que cabe resaltar la correspondencia en las materias y, en muchas de ellas, en el número de temas—, afirmando que «la formación es idéntica» por lo que la conclusión es que «el título de Bachelor of Science in Technical Architecture dado por la Universidad de Gales es equivalente al antiguo título de Arquitecto Técnico, dado por las universidades españolas». Esta conclusión se ve avalada por los anexos, que comprenden la descripción de las materias y el concreto contenido de cada tema, en especial de las que comprende el programa seguido para obtener el título que se pretende homologar, incluyendo una tabla comparativa que ilustra sobre la correspondencia de los programas y en la que se recoge la afirmación de que las enseñanzas de la Universidad de Gales cumplen «tanto con los requisitos mínimos establecidos en cuanto al número de créditos por materia como por áreas de conocimiento abarcadas por la misma», asignando «la lógica correspondencia entre los niveles académicos del título extranjero y del título español».

No obstante, el perito refleja una diferencia que podría resultar importante, puesto que la suma de los créditos asignados a las materias troncales cursadas en la Universidad extranjera «asciende a 135», mientras que el título español de Arquitecto Técnico requiere una carga lectiva global «que en ningún caso será inferior a 180 créditos». A este respecto, reseña que,

una vez cumplidos los requisitos obligatorios, «cada universidad configura y personaliza sus respectivos planes de estudio, introduciendo asignaturas de carácter obligatorio, optativas e incluso de libre configuración con el doble fin de complementar la formación adquirida mientras se alcanzan e incluso superan los 180 créditos mínimos exigibles», poniendo varios ejemplos de Universidades españolas y explicando, convincentemente, lo que ocurre con la Universidad de Gales, en la que «las distintas ampliaciones así como conocimientos de otras áreas íntimamente ligadas con la arquitectura técnica se encuentran integradas en las propias materias troncales más afines», refiriendo casos concretos, por comparación a lo que hacen las Universidades españolas.

c) Finalmente, el informe del órgano técnico de la Administración, aunque parece argumentado, no resulta convincente, por cuanto, por un lado, se basa únicamente en los «descriptores de las materias troncales», no en los contenidos propiamente dichos, aludiendo a un porcentaje —el «31,1% aproximadamente»— que no se sabe de dónde se obtienen —en este sentido, la resolución desestimatoria inicial alude a unas «carencias superiores al 25%—»; por otro lado, califica de «insuficientemente cursad [as]» las asignaturas troncales que, en número de 14, identifica, pero sin detallar ese nivel de «insuficiencia», el mismo para todas (apartado 3 del informe), lo que, en cierto modo, se reitera en el siguiente apartado del informe (el 4) y sin que tampoco se comprendan bien las observaciones finales, en especial, la primera, cuando, pese a lo consignado anteriormente, se dice que «el número de créditos asignados a una determinada materia troncal ha sido, como máximo, igual al de la titulación española de referencia».

Así las cosas, conjugando cuantos extremos se han puesto de relieve, ha de reconocerse el derecho del demandante a la homologación.

**Homologación de títulos extranjeros: Licenciado venezolano en Letras. Pretensión de homologación con el título español de Licenciado en Filología Hispánica. Contenido de la formación cursada: Se autoriza el grado de diplomada. La recurrente reconoce no haber cursado determinadas asignaturas. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **5 de julio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **425/2011**

Ponente: **Dña. Mercedes Pedraz Calvo**

Voz: **Homologación del título de licenciado en Letras (Venezuela)**

Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 27 de julio de 2011 dictada por el Ministerio de Educación por la se deniega la solicitud formulada por Coro hoy actora, en solicitud de que su título de Licenciado en Letras obtenido en la Universidad Central de Venezuela, Caracas (Venezuela) le sea homologado al título español de Licenciada en Filología Hispánica.

El Consejo de Coordinación Universitaria emitió informe desfavorable con fundamento en que fueron insuficientemente cursadas las materias de latín, historia de la lengua española, literatura hispanoamericana; no cursadas las materias de gramática española y literatura española, muy deficientemente cursada la materia de lengua española, y cursada con carencias la materia de lingüística.

Si bien se constatan carencias que impiden reconocer el título de licenciado en filología hispánica, se autoriza el reconocimiento del grado de diplomado.

La recurrente sostiene que la resolución recurrida es contraria a lo dispuesto en el Real Decreto 285/2004 según la redacción dada por el Real Decreto 309/2005 y ello porque tanto el art. 9 que regula los criterios para la homologación como el art. 12 que regula los informes, no habrían sido cumplidos.

En relación con el informe de 14 de febrero de 2011 y el informe de 16 de junio de 2011, considera que no están motivados porque:

No se valora correctamente la materia gramática española, que se considera no cursada. La actora considera que durante su carrera cursó

asignaturas que equivalen a la gramática española.

No se valora correctamente la materia de latín. La actora ha reconocido que nunca estudió latín.

No se valora correctamente la materia de lengua española: no ha sido muy deficientemente cursada.

Considera que si se ha aportado documentación o información sobre los programas de las materias que ha cursado.

Por su parte el Abogado del Estado considera que la actuación administrativa ha sido correcta:

El número de créditos asignados a una determinada materia troncal ha sido, como máximo, igual al de la titulación española de referencia.

La asignación de créditos se ha realizado bien por equivalencia directa, bien por contenidos dispersos en materias con diferente denominación o bien por compensación del déficit en determinados descriptores con estudios en materias propias del ámbito de conocimiento con mayor carga en créditos que la consignada en el título español.

El recurrente no aporta información sobre los programas de las materias que ha cursado, por lo que la equivalencia entre las materias cursadas en el extranjero y las diferentes troncales de la titulación española solicitada ha podido establecerse únicamente sobre la base de las denominaciones de unas y otras.

En la documentación aportada no se justifica que la actora haya cursado todos los créditos exigidos para obtener la titulación.

(...)

El examen del expediente administrativo permite comprobar lo siguiente:

Con la solicitud la actora aportó copia del título de licenciado, certificado con el listado de las asignaturas y curso en el que las aprobó así como la nota obtenida; copia del plan de estudios de la escuela de letras y cuadro con las prelaciónes entre las asignaturas.

No aporta los programas de las asignaturas cursadas.

Como consecuencia, el primer informe de homologación de fecha 14 de febrero de 2011 señala carencias de créditos:

No se han cursado ni Literatura Española ni Gramática Española.

Se han cursado parcialmente el latín, la lengua española, la lingüística, la historia de la lengua española y la Literatura Hispanoamericana.

En su solicitud de reconsideración de la resolución desfavorable, aporta aclaraciones: hay asignaturas que no se denominan igual, pero si se corresponden en cuanto a contenidos generales y áreas de conocimiento.

En relación con las asignaturas que se han cursado parcialmente:

1. Lengua española: considera que equivalen la Morfosintaxis Estructural del Español, la fonética y Fonología y el Taller de lectura y expresión oral y escrita.
2. Lingüística: considera que equivalen la Lingüística General I y la Lingüística General II.
3. Historia de la lengua española: considera que ha cursado asignaturas que se enmarcan en esta materia y área de conocimiento como son Estudio diacró-

nico del Castellano, Seminario del idioma español en América, y Seminario de análisis del discurso.

4. Literatura Hispanoamericana considera que ha cursado asignaturas que se enmarcan en esta materia y área de conocimiento como son Problemas de la literatura latinoamericana, palabra escrita en Venezuela, Seminario de problemas de teoría de la literatura, seminario de crítica e investigación literaria, curso sobre bestiario medieval y lectura dirigida «*Para leer a Cortázar*».

Reconoce no haber cursado latín y se muestra dispuesta a cursarlo.

(...)

La perito que ha informado ante esta Sala parece entender que lo aportado, que no es en algunos casos sino una descripción de los objetivos a alcanzar con el seminario, taller o curso, es suficiente para conocer el contenido de las asignaturas, conclusión que este Tribunal no comparte.

Concluye que están suficientemente cursadas las asignaturas de Lengua Española y Lingüística de primer ciclo, y Gramática Española, Historia de la Lengua Española, y la Literatura Hispanoamericana del segundo ciclo, sin dar explicaciones razonadas sobre las bases de tal conclusión. La Sala no puede por tanto aceptar una conclusión que se ha alcanzado sin fundamento en los concretos contenidos de los programas de las asignaturas.

Resulta en todo caso que la actora reconoce expresamente no haber cursado Latín ni Literatura española, lo que impide alcanzar la finalidad buscada en este recurso, que es la homologación del título.

**Homologación de título universitario: Licenciado en Interpretación y traducción. CEADE Andalucía-University of Wales. Sentencias de esta Sección aplicando nueva doctrina legal. Fecha de comienzo de los estudios: Régimen aplicable. Informe sobre equivalencia de estudios. Retroacción del procedimiento: Estimación parcial.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **2 de octubre de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **155/2011**

Ponente: **D. Eduardo Menéndez Rexach**

Voz: **Homologación del título de Licenciado en Interpretación y traducción. CEADE Andalucía-University of Wales**

El presente recurso tiene por objeto la Resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de 9 de Marzo de 2011 por la que se deniega la petición de homologación del título de Bachelor of Arts in Applied Languages (interpreting and translation: English with German), expedido por The University of Wales, con el español de Licenciado en Traducción e Interpretación.

La recurrente solicita que se declare la nulidad de la resolución y su derecho a la homologación del título y, subsidiariamente, que se retrotraiga el procedimiento al momento de la presentación de la solicitud para que se recabe el informe del órgano técnico competente y proceda, en su caso, a homologarlo.

En defensa de su pretensión alega que cursó estudios en el «Centro Andaluz de Estudios Empresariales» (CEADE S.A.), durante los cursos 2002 a 2006; el 9 de febrero de 2010 solicitó la homologación acompañando la documentación necesaria, y le fue denegada por la resolución que impugna sin que el Ministerio realizara el juicio de equivalencia conforme a las sentencias del Tribunal Supremo sobre la aplicabilidad del RD 86/87 y sus consecuencias; además, el propio Ministerio homologó el título del mismo centro y licenciatura a Pura y a Obdulio; entiende que la autorización del centro no tiene que ver con la homologación, según la aludida jurisprudencia del Tribunal Supremo, y debe entenderse autorizado por silencio positivo; invoca los principios de igualdad y confianza legítima y diversas normas de derecho europeo.

La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que la solici-

tud no cumple con el art. 86.3 de la LO 6/2001, que el principio de igualdad es aplicable únicamente dentro de la legalidad, que no procede el silencio positivo en la autorización del centro y que los estudios fueron cursados en parte bajo la vigencia del Real Decreto 285/2004, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la Resolución impugnada.

(...)

La aplicación de la nueva doctrina legal del Tribunal Supremo, que considera determinante a los efectos que ahora consideramos el tiempo en que se cursaron los estudios, aparece con más claridad en aquellos casos en que los estudios empiezan y terminan antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004 al tratarse de situaciones ya consolidadas. Ahora bien, una vez que la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo ha superado la interpretación meramente literal de las transitorias más atrás transcritas no se advierte grave inconveniente para extender la misma solución a los estudios iniciados antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004 y terminados después de su entrada en vigor. Allanados los obstáculos que a esta Sala se ofrecían por las meritorias disposiciones transitorias, y siendo decisivo el tiempo en que se cursaron los estudios y no la fecha de la solicitud de la homologación, es de reconocer que los principios de irretroactividad y seguridad jurídica militan a favor de la extensión de la solución que acabamos de apuntar, que además se acomoda mejor al principio y valor de la justicia a que ha de tenderse en la prestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Imperante

la nueva doctrina legal del Tribunal Supremo, es de reconocer que la aplicación del Real Decreto 285/2004 a los estudios iniciados antes de su entrada en vigor por la circunstancia de que los mismos no estuvieran terminados en esta última fecha implica un cierto grado de retroactividad al alterar el régimen en vigor en el momento en que tales estudios se inician, cuyo régimen genera una confianza y expectativa que se ven frustradas al irrumpir el nuevo régimen entronizado por el Real Decreto 285/2004, y ello con lesión del valor de la certeza inherente al principio de seguridad jurídica que inspira el ordenamiento jurídico. La preservación de la integridad de este último y de los principios a que hemos aludido demanda la solución que aquí preconizamos —que parece apuntarse en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010 al resolver de forma estimatoria el correspondiente recurso de casación n.º 326/2009 en relación con un título otorgado el 24 de julio de 2005—,

cuya solución, por otra parte, no se advierte que vulnere ninguna otra norma, valor o principio superiores a los que tratamos de proteger, de donde que, en definitiva, resulte de aplicación al caso el Real Decreto 86/1987 y no la normativa aplicada por la Administración demandada (LO 6/2001 y Real Decreto 285/2004), y ello con las consecuencias que ya se han expuesto más atrás.

En coherencia con lo anterior procede estimar la pretensión subsidiaria del recurrente para que se retrotraigan las actuaciones administrativas al momento de la solicitud inicial de la homologación, ordenando iniciar y tramitar al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte el correspondiente expediente en el que se emita el oportuno dictamen por el comité técnico competente acerca del juicio de equivalencia de la formación cursada por el interesado en relación con la exigida en España para la obtención del título de Licenciado en Traducción e Interpretación; (...).

**Homologación del título extranjero venezolano de Ingeniero Mecánico al correspondiente español: Condicionamiento a una prueba específica de conjunto, con el fin de acreditar el conocimiento de la materia. Doctrina jurisprudencial al respecto.**

**Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo**

**Fecha: 4 de octubre de 2012**

**Recurso de Casación: 1088/2012**

**Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho**

**Voz: Homologación del título venezolano de Ingeniero Mecánico: prueba específica de conjunto**

Constituyen datos fácticos de interés, que se desprenden de lo actuado y del expediente administrativo obrante en autos, los siguientes:

El 18 de julio de 2001 la recurrente solicita la homologación de su Título Universitario de Ingeniero Mecánico, obtenido en la Universidad Simón Bolívar de Caracas (Venezuela) al Título español de Ingeniero Industrial en la especialidad de Mecánica de Maquinas al amparo de lo establecido en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero.

Con fecha 21 de junio de 2002 se informa por el Consejo de Universidades en el que se señala que las materias que se acreditan como

cursadas por la solicitante presentan carencias en contenidos/intensidad en relación con las troncales establecidas en las directrices generales propias del título español al que se pretende la homologación y por ello se propone condicionar la concesión de esa homologación a la previa superación por la interesada de una prueba de conjunto en las siguientes materias: Ciencia y Tecnología del Medio Ambiente, Ingeniería del transporte y Teoría de Estructuras y Construcciones Industriales.

Tras las alegaciones de la actora en las que la interesada alega que se ha producido un error en cuanto al título realmente solicitado (Ingeniero industrial/especialidad antiguo vigente en el

momento de la solicitud y plenamente implantado en España), así como que las asignaturas de las que le exigen examen son parte del plan nuevo de Ingeniero Industrial, recientemente iniciado en algunas universidades y no en otras, siguiéndose el antiguo plan en 6 Universidades españolas y habiéndose homologado el título a un hermano suyo en el año 1999 en base a un título en todo similar al suyo.

En fecha 2 de septiembre de 2003 se dicta Resolución por el Secretario General Técnico del Departamento, primera de las impugnadas mediante el presente recurso, en la que se recoge y asume el informe del Consejo de Universidades y se acuerda la homologación previa superación de la prueba específica de conjunto en las asignaturas ya reseñadas.

Contra tal resolución la recurrente interpone recurso de alzada que se resuelve en sentido desestimatorio en la segunda de las resoluciones impugnadas de fecha 19 de junio de 2006. En dicha Resolución se señala que se emitieron sendos informes por el Consejo de Coordinación Universitaria, en uso de sus competencias que aun no siendo vinculantes, fueron asumidos por la resolución impugnada y que compete a dicho Consejo, órgano técnico-académico designado legalmente para ello, comprobar si la extensión y profundidad de los estudios alegados por la parte recurrente sorno equivalentes a los correspondientes españoles son suficientes para otorgar la homologación, habiéndose llegado a la conclusión negativa al respecto en dos ocasiones; y se descarta la lesión del derecho de igualdad respecto del precedente en función de las diferencias de supuestos de hecho y fechas de petición de homologación.

La recurrente insiste en su demanda en la disconformidad con el Ordenamiento Jurídico de las dos resoluciones administrativas impugnadas porque ambas confunden lo solicitado por la actora que era la homologación al título de ingeniero especialidad mecánica al plan implantado plenamente en nuestro país y porque no respetan el precedente concesión de esa misma homologación a su hermano en el año 1999 (...).

Procede, en consecuencia, analizar el fondo de la pretensión ejercitada por la actora. Son dos, esencialmente, los motivos en los que

fundamenta la recurrente su recurso contra las resoluciones antes reseñadas: primero, alega la procedencia de la homologación pretendida y la incorrecta aplicación que se efectúa en las resoluciones impugnadas de las disposiciones del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, atinente al caso; en segundo lugar aduce que se ha producido una vulneración del derecho de igualdad respecto del precedente que cita, referente concretamente a un hermano de la actora que solicitó la homologación del mismo título español de ingeniero tras haber cursado sus estudios en la misma Universidad de Venezuela siendo por tanto similar en todo el supuesto de hecho al suyo y sin que la Administración española condicionase esa homologación a la realización de ninguna prueba específica de conjunto. Los dos motivos se examinarán a continuación.

(...)

Pues bien, en aplicación de las anteriores normas, las resoluciones administrativas que ahora se impugnan, recogiendo lo señalado en el informe del Consejo de Coordinación Universitaria, señalan carencias en varias asignaturas de la licenciatura, exigiendo la realización de una prueba previa específica sobre las citadas materias, conforme indica el referido dictamen previo. Concretamente obra en autos un informe del Consejo General del Consejo de Coordinación Universitaria en el que se indican concretamente las carencias del título aportado con respecto al español que se cifran en un 20,45%. La actora no aporta ninguna prueba que desvirtúe tal apreciación del órgano técnico. Alega que el título cuya homologación pretende no es el de ingeniero industrial sino el de ingeniero industrial especialidad mecánica, conforme al plan antiguo que seguía impartándose en Universidades Españolas como la UNED. Pero la Sala en este punto ha de dar la razón al representante de la Administración y a la propia resolución administrativa impugnada, cuando afirman que no se homologan especialidades sino títulos. Así se indica en la propia resolución administrativa al señalar que la homologación ha de otorgarse respecto de un título español concreto del Catálogo de Títulos Universitarios Oficiales y a su vez el informe del Consejo alude expresamente a que dicho órgano hace referencia en exclusi-

va a las homologaciones de títulos que como tales figuran en el Catalogo establecido por Real Decreto 1954/1994 de 30 de septiembre, sobre homologación de títulos a los del Catalogo de Títulos Universitarios Oficiales creado por el Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre; siendo así que a tenor de dicho RD de 1994, el Título de Ingeniero Industrial se corresponde con el de Ingeniero Industrial en todas sus especialidades. Esto es, conforme se indica en la resolución impugnada el título ha de homologarse respecto de un título español concreto existente en el Catalogo de Títulos Universitarios Oficiales y en este supuesto con el de Ingeniería, sin que el que pretende la actora —Ingeniería especialista mecánica de máquinas— se encuentre recogido en dicho Catalogo de Títulos Universitarios Oficiales. Ello, unido a la específica motivación que se contiene en el informe técnico del Consejo, hecho suyo por el órgano decisor, acerca de las puntuales carencias y la medida en que estas se observan en el título cuya homologación se pretende frente al título español, determinan que no pueda sino confir-

marse el contenido y acuerdo de las resoluciones que se impugnan.

Finalmente alega la actora el precedente que, con invocación de desigualdad evidente viene constituido por el reconocimiento en el año 1999 de la misma homologación a su hermano respecto de supuesto en todo similar al suyo. Pero la diferencia se justifica en la propia resolución administrativa impugnada haciendo expresa alusión a la diferente normativa aplicable dada la diferencia de fechas entre ambos supuestos. Como ha señalado reiterada doctrina constitucional la igualdad lo es en la legalidad y es preciso tanto que los supuestos comparados sean idénticos, como que la diferencia no se justifique de forma objetiva y razonable; circunstancias que no concurren en este supuesto en el que se razona acerca de la diferencia de los supuestos y también acerca de la justificación objetiva y razonable que fundamenta la diferente decisión administrativa dada las fechas diferentes de las solicitudes y la diferente regulación y planes aplicables.

**Homologación de títulos académicos: Reconocimiento de efectos profesionales al título extranjero de especialistas en Psiquiatría otorgado en Colombia, al amparo del Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea. Reunión de los requisitos mínimos de formación. Efectos del silencio: Consecuencias jurídicas, y alcance de la sentencia.**

**Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional**

**Fecha: 7 de noviembre de 2012**

**Recurso Contencioso-Administrativo: 256/2011**

**Ponente: Dña. Ana M.ª Sangüesa Cabezedo**

**Voz: Homologación del título de Psiquiatría obtenido en Colombia: requisitos mínimos de formación. Obligación administrativa de resolver**

El Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea, regula los supuestos y procedimientos para el reconocimiento en España de títulos de especialista obtenidos en Estados no miembros

de la Unión Europea, previendo que el reconocimiento de dichos títulos tendrá efectos profesionales.

El objetivo general es, según reconoce su Exposición de Motivos, que el procedimiento de reconocimiento profesional de títulos extranjeros «no vaya en detrimento de los altos niveles de calidad conseguidos tanto en España como en

los demás Estados miembros de la Unión Europea en la formación de especialistas. De ahí, que un aspecto destacado de este procedimiento sea, no sólo la ineludible comparación entre la formación adquirida en el país de origen y la que otorga el programa español de la especialidad de que se trate sino también la comprobación de que los títulos extranjeros, cuyo reconocimiento profesional se pretende, cumplen en el caso de profesiones armonizadas, como son las de Médico Especialista (44 especialidades) y la de Matrona, los requisitos mínimos de formación fijados a tales efectos por la Unión Europea en la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005, que ha sido transpuesta a través del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre».

De acuerdo con este objetivo, el interesado ha de demostrar documentalmente la equivalencia de la formación adquirida en el extranjero con la requerida en España, y en todo caso, es preciso verificar que dicha formación ha comportado la adquisición de las competencias inherentes al ejercicio profesional de la especialidad que corresponda, a través de un periodo de ejercicio profesional en prácticas o de formación complementaria, en ambos casos evaluados.

(...)

En nuestro caso, la petición se dedujo al amparo de la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto, conforme consta en el expediente, optado la peticionaria por la realización de un período de ejercicio profesional en prácticas (...)

Dicha Disposición Transitoria Tercera, destinada a los profesionales sanitarios que ejercen con título extranjero de especialista no reconocido prevé que «a los españoles y nacionales de Estados no comunitarios que residan en el territorio nacional, se encuentren en posesión de un título extranjero de especialista obtenido en uno de dichos Estados y hayan ejercido en España, en el ámbito propio y específico de dicha especialidad, durante un periodo no inferior a un año en los cinco anteriores a la entrada en vigor de este real decreto, sin el título de especialista reconocido, les será de aplicación el procedimiento de reconocimiento regulado por esta norma, con la única particularidad de que cumplimentada su solicitud en los térmi-

nos previstos en el artículo 3 y emitido el informe favorable que se cita en el artículo 4.2.c), podrán, de manera excepcional y por una sola vez, optar entre la realización de un periodo de ejercicio profesional en prácticas o de una prueba teórico-práctica en los términos previstos en este real decreto...». El plazo de presentación de la opción es de un año a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, y se establecen a continuación los requisitos documentales que se han de cumplimentar.

El informe a que se refiere la Disposición se regula el artículo 4.2 del Real Decreto, siendo un informe preceptivo que forma parte del procedimiento, y se configura como un informe de «comprobación previa», a cargo de la Subdirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad y Política Social, de que los títulos extranjeros de médico especialista y matrona cuya formación está armonizada a nivel europeo garantizan reunir los requisitos mínimos de formación exigidos en el Real Decreto 1837/2008, de 8 noviembre. Sólo si el informe de comprobación resultara positivo puede proseguir el procedimiento trasladando las solicitudes al Comité de Evaluación al que se refiere al artículo siguiente y si resultara negativo se dictará resolución motivada en los términos previstos en el artículo 14.

El informe es por tanto de carácter preceptivo y vinculante (artículo 82.1 y 83.1 de la Ley 30/1992), y no puede prescindirse del mismo porque es determinante para la solución del procedimiento, en cuyo caso se puede interrumpir el plazo de los trámites sucesivos, conforme preceptúa el artículo 83.3 de la Ley 30/1992.

La Disposición Transitoria Tercera permite optar entre la realización de ejercicio profesional en prácticas o una prueba teórico-práctica en los términos previstos en el Real Decreto, lo que significa que con carácter previo al reconocimiento es preciso culminar esa formación complementaria conducente a la obtención del reconocimiento y efectos del título. Pero previamente es necesario una valoración a cargo de un órgano técnico al que no podemos suplantar conforme hemos expresado en diferentes ocasiones; es decir, el cumplimiento de los requisitos previstos en la Disposición Transitoria no

conlleva la expedición automática del título, ya que requiere la previa valoración de la formación por parte de un órgano técnico «ad hoc», y, por otra parte, la realización de un periodo complementario de formación en prácticas o una prueba teórico práctica. Ninguna de esas fases del procedimiento conducente a la obtención del reconocimiento del título puede ser obviada, ni sustituida por este Tribunal por exceder de las facultades revisoras (en el mismo sentido, Sección 4.ª, de 13 de junio de 2012, Rec. 182/2011; o Sección 3.ª, de 3 de octubre de 2007, rec. 1319/2006).

Quiere ello decir que debemos anular la resolución impugnada en el sentido de que la Administración tiene obligación de resolver; así, como quiera que no lo ha hecho la resolución es contraria derecho (artículo 42.1 Ley 30/1992), sin perjuicio de que este Tribunal carece de facultades para proceder a la comprobación previa y evaluación del interesado, como requisito previo indispensable para poder obtener el reconocimiento de efectos del título de especialista.

Esta función la debe de llevar a cabo la Administración, a través de los órganos específicos creados al efecto, conforme a la opción manifestada en su instancia por la demandante.

Debemos poner de manifiesto que con fecha 13 de julio de 2012 la Subdirección General de Ordenación Profesional de la Secretaría General de Sanidad y Consumo, emitió informe durante la fase de prueba, en el que expresaba que con fecha 11 de julio de 2012 se había dictado informe de comprobación previa negativo y propuesta de desestimación de la solicitud de reconocimiento de efectos profesionales de título extranjero de Psiquiatría, ya que la formación no reúne las condiciones mínimas exigidas en la normativa comunitaria para la formación de especialistas, señalando que «la duración del programa de formación alegado por la interesada para obtener el título de especialista es de 3 años, no existiendo equivalencia entre la duración de dicho programa y la duración mínima exigida en la Directiva 2005/36/CE de 7 de septiembre».

## NACIONALIDAD

**Nacionalidad: Existencia de mala conducta cívica. Delito de violencia doméstica o de género y falta de vejaciones en fechas coetáneas a la solicitud de la nacionalidad por nacional de Ecuador.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **28 de septiembre de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **678/2010**

Ponente: **D. José Luis Terrero Chacón**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española: delito grave de maltrato en el ámbito familiar**

Con fecha 13 de noviembre de 2007, el recurrente, nacional de Ecuador, solicitó la nacionalidad española por residencia.

Tramitado el correspondiente expediente administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia, dictó resolución con fecha 5 de julio de 2010 desestimando la solicitud del recurrente por no haber justificado suficiente-

mente buena conducta cívica, ya que, según la documentación obrante en el expediente administrativo, había sido condenado en sentencia firme de fecha 1 de junio de 2008, dictada por el Juzgado lo Penal n.º 7 de Bilbao, como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 153 del Código Penal, y de una falta de vejaciones injustas de carácter leve, teniendo suspendida por dos años

la ejecución de la pena privativa de libertad, sin que del resto de la documentación obrante en el expediente administrativo se dedujeran elementos positivos suficientes para desvirtuar esta conclusión.

Contra la anterior resolución se interpone el presente recurso contencioso administrativo.

Interpuesto el citado recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y repartido a esta Sección, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda.

En el escrito de demanda se ponen de manifiesto, en síntesis, los siguientes argumentos frente a la resolución recurrida:

Existen elementos positivos a valorar que desvirtúan la mala conducta cívica del recurrente. Concretamente, el recurrente reside legalmente en España desde el 7 de junio de 2005, siendo en la actualidad residente de larga duración, cumpliendo escrupulosamente con la Ley de Extranjería; se encuentra plenamente integrado en nuestro país; cuenta con una larga vida laboral con contrato estable; es contribuyente de IRPF, no teniendo deuda alguna y encontrándose al corriente de sus obligaciones fiscales y con la Seguridad Social; está al corriente también en el pago del vehículo de su propiedad, asumiendo igualmente el pago del arrendamiento de la vivienda familiar; está empadronado, junto con el resto de su familia, que reside legalmente en España; cuenta con la declaración jurada de su esposa, que fue víctima del delito y con informe favorable del Departamento de Justicia y Administración Pública; colabora voluntariamente con la Asociación IDEASUR en actividades interculturales y con el Servicio de Apoyo a la reinserción social de los Juzgados de Vizcaya; y no tenía antecedentes penales al tiempo de la solicitud de nacionalidad.

El recurrente tiene un único antecedente penal durante un largo período de residencia en España, elemento que determinó su condena por un delito menos grave y una falta, cuyas penas y responsabilidades civiles han sido cumplidas, estando en la actualidad a la espera de la cancelación de dicho antecedente; mostró desde el

principio su arrepentimiento por la comisión del delito, admitiendo su culpa y conformándose con la pena, que fue suspendida por concurrir los requisitos exigidos legalmente y por «presumir una menor peligrosidad criminal»; y ha sido perdonado por su pareja, con la que sigue viviendo, encargándose del mantenimiento de su familia. Estos hechos acreditan que el recurrente se encuentra rehabilitado y reinsertado.

Ponderados todos estos elementos, los positivos y negativos, debe reconocerse al recurrente la nacionalidad española.

(...)

El Abogado del Estado sostiene en su contestación a la demanda, básicamente, lo siguiente:

El recurrente reside legalmente en España únicamente desde el 7 de junio de 2005, habiendo solicitado la nacionalidad el 13 de noviembre de 2007.

Durante la tramitación del expediente administrativo de nacionalidad, el recurrente fue condenado por sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Bilbao de 1 de junio de 2008, como autor de un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar (artículo 153 del Código Penal), por hechos ocurridos el 31 de mayo de 2008, a las penas de 6 meses de prisión, 2 meses de privación del derecho de tenencia y porte de armas, y 1 año y 2 meses de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima; y como autor de una falta de vejaciones injustas.

El referido comportamiento dista mucho de acomodarse a un estándar medio de «buena conducta cívica» y releva un comportamiento antisocial de especial gravedad, durante el tiempo de residencia en nuestro país, que impide apreciar el requisito de la buena conducta cívica. Además, los hechos ocurrieron con posterioridad a la solicitud de nacionalidad del recurrente, por lo que no pueden considerarse alejados en el tiempo.

Frente a lo anteriormente expresado, no puede aducirse con éxito que se trate de un hecho aislado y que el recurrente haya cumplido con las sanciones impuestas. La indicada sentencia penal condenatoria pone de manifiesto, «per se», la inexistencia de buena conducta cívica.

A ello debe añadirse que el delito imputado al recurrente resulta particularmente reprochable y la conducta enjuiciada en la sentencia condenatoria no puede ser merecedora del acogimiento de la pretensión deducida en la demanda.

(...)

En efecto, de la documentación unida al expediente administrativa se desprende que el recurrente fue condenado en sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Bilbao, fechada el 1 de junio de 2008, como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar, a las penas de 6 meses de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, 2 meses de privación del derecho de tenencia y porte de armas, y 1 año y 2 meses de prohibición de comunicarse por cualquier medio o procedimiento, así como de acercarse a una distancia inferior a 500 metros de la víctima. También fue condenado en la misma sentencia como autor de una falta de vejaciones injustas de carácter leve, a la pena de 4 días de localización permanente en domicilio diferente y alejado del de la víctima. Finalmente, el recurrente fue condenada igualmente en la tan citada resolución judicial a indemnizar a la víctima en la cantidad 120 €, más los intereses legales, y a las costas del procedimiento.

Según los hechos probados de la referida sentencia, con fecha 31 de mayo de 2008 el recurrente, «en presencia de la hija menor común», «tras mantener... una discusión con su esposa conviviente», «con el manifiesto ánimo de atentar contra la integridad moral» de su esposa, le profirió expresiones vejatorias e injuriantes, «y con el manifiesto ánimo de causar daño físico», «le golpeó el lado izquierdo de su cara con la mano abierta, así como le agarró el cabello y la zarandó de forma repetida». Como consecuencia de dicha agresión, la esposa del recurrente sufrió lesiones consistentes en traumatismo craneo-encefálico y contusión molar derecha, requiriendo para su sanidad asistencia facultativa y para la estabilización lesional el transcurso de cuatro días.

Los referidos hechos revisten especial gravedad, en primer lugar, porque son constitutivo de infracción penal, y en segundo lugar, porque se encuentran relacionados con la violencia de género, lacra social que merece un singular desvalor en nuestra sociedad y contra la que todos estamos obligados a luchar.

Obviamente, los referidos hechos no se corresponden en absoluto con el estándar medio de conducta cívica de los ciudadanos de nuestro país.

Además, la comisión del delito (31 de mayo de 2008) y la condena del recurrente (1 de junio de 2008) fueron coetáneos a la tramitación de la solicitud de nacionalidad, y se produjeron cuando el recurrente llevaba residiendo legalmente en España desde hacía apenas tres años, por lo que no pueden valorarse como un hecho aislado en un largo período de residencia en nuestro país.

Es cierto que en el supuesto enjuiciado se aprecian circunstancias de las que puede concluirse que el recurrente se encuentra integrado en nuestra sociedad, como su residencia legal en España desde el año 2005, el conocimiento de nuestro idioma, la adaptación a nuestra cultura y costumbres, la estancia de su familia en nuestro país, el desempeño de una actividad laboral continuada y con contrato indefinido, etc. También se aprecian en el supuesto enjuiciado elementos indicadores de la buena conducta del recurrente, como el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y con la Seguridad Social, o su participación en el desarrollo de actividades interculturales. Pero el hecho de haber sido condenado penalmente por un delito grave en fechas coetáneas a la solicitud de nacionalidad y cuando llevaba residiendo legalmente en España hacía apenas tres años, justifican suficientemente, desde nuestro punto de vista, que la Administración concluyera en la resolución recurrida que el recurrente no acreditaba el requisito de la buena conducta cívica, denegando por ello su solicitud de nacionalidad.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de que el recurrente pueda solicitar de nuevo la nacionalidad española.

**Nacionalidad por residencia: Conducta cívica. Ausencia de justificación. Condena por delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **14 de noviembre de 2012**

Recurso de Casación: **2802/2010**

Ponente: **D. Juan Carlos Trillo Alonso**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española por residencia: conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas**

La resolución de la Dirección General impugnada en la instancia deniega la solicitud, conforme se expresa en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida, en atención a que el solicitante no ha justificado buena conducta al haber sido condenado en sentencia de 7 de abril de 2003 por conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes.

El recurrente, conforme también se puntualiza en el indicado fundamento primero, tiene nacionalidad ecuatoriana; lleva residiendo en España desde mayo de 2000 y formuló la solicitud de nacionalidad el 2 de febrero de 2005.

La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso administrativo, siendo de interés destacar lo que se recoge en su fundamento de derecho séptimo y que dice así:

«Séptimo.—Consta en el expediente que el recurrente fue condenado por Sentencia de 7 de abril de 2003 del Juzgado de instrucción número 8 de Palma de Mallorca como autor de un delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes a la pena de 1 año y un día de privación del permiso de conducir y días-multa de tres meses.

Nuestro Tribunal Supremo ha señalado en Sentencias de 24 de mayo de 2004 (recurso núm. 1.862/2000) y de 15 febrero (recurso núm. 3.756/2002) y 5 de diciembre (recurso núm. 4.330/2004) de 2007 que “la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas está tipificada como delito, es decir que es algo que en modo alguno puede incluirse en lo que el Código civil llama buena conducta cívica”.

La penalística habla de desviación (deviation) y de comportamiento o conducta desvia-

da (deviant behavior) para designar una amplia gama de fenómenos sociales problemáticos, entre ellos el delito. Y es el caso que el comportamiento por el que fue condenado el solicitante se halla incluido entre aquellos que nuestro sistema penal ha seleccionado como un comportamiento delictivo. Quiere decir esto que —conforme a las convicciones de nuestro tiempo— la conducción bajo bebidas alcohólicas es, sin discusión posible, cualquier cosa menos expresión de buena conducta cívica. Es un hecho notorio que los accidentes de tráfico, en un porcentaje altísimo, tienen su origen en la contaminación ética del conductor. Y por ello, no puede negarse, por más tolerante que se quiera ser, que la selección como delictiva del comportamiento de que se trata responde a esa convicción generalizada de que hay dañosidad social en ese tipo de comportamientos. No estamos, pues, ante un tipo de comportamiento meramente discrepante, disidente o marginal respecto a las pautas e intereses de grupos dominantes, sino ante un problema que ocupa y preocupa a todos los Gobiernos, cualesquiera que sea la ideología que inspire su gestión».

(...)

Pues bien, siendo esa la argumentación esencial del recurso, mal puede prosperar cuando nos encontramos que el recurrente reside en España desde el año 2000, formula la solicitud de nacionalidad el 2 de febrero de 2005 y la condena tiene lugar el 7 de abril de 2003.

Esta Sala ya se ha pronunciado, en supuestos análogos de forma negativa a la concesión de la nacionalidad, como en sentencia de 5 de diciembre de 2011, dictada en el recurso de

casación n.º 2652/2010, en la que dijimos lo siguiente: «La condena penal impuesta al recurrente, a la que se refiere la sentencia de instancia, se alza ya de por sí como un obstáculo insalvable para la apreciación de la buena conducta cívica, no sólo por la propia trascendencia y desvalor jurídico y social del delito cometido (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) sino también por tratarse de hechos no lejanos en el tiempo a la tramitación del expediente de nacionalidad», significando al respecto que «... es jurisprudencia constante de esta Sala que la inexistencia o cancelación de antecedentes penales no da una respuesta automática a la pregunta sobre el cumplimien-

to del requisito de la buena conducta cívica, exigido por el art. 22.4 CC para la concesión de la nacionalidad española por residencia. Es perfectamente posible, dependiendo de las circunstancias del caso, que una persona sin antecedentes penales, o con antecedentes cancelados, deba considerarse carente de buena conducta cívica, y viceversa, que haya de tenerse por satisfecho este requisito en una persona con antecedentes penales», y que «Todo depende de la gravedad de los hechos delictivos por los que se haya sido condenado y del comportamiento posterior del interesado, por no mencionar el dato de que buena conducta cívica es algo más que no haber delinquido».

**Nacionalidad: Denegación de concesión de nacionalidad por falta de acreditación del requisito de buena conducta cívica. Condena como autor de falta de desobediencia. Ausencia de acreditación positiva de un comportamiento conforme con los principios y valores cívicos de la comunidad en la que se integra.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **19 de noviembre de 2012**

Recurso de Casación: **3918/2010**

Ponente: **D. José M.ª del Riego Valledor**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española: condena penal por falta de desobediencia**

En su único motivo de recurso, la parte recurrente argumenta que la sentencia impugnada infringe el artículo 22.4 del Código Civil porque olvida la función revisora asignada a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, prescindiendo de la infracción de la Dirección General de Registros y del Notariado del principio jurisprudencial que desvincula el requisito de la buena conducta cívica de la existencia de antecedentes penales y justifica la denegación de la nacionalidad por unos hechos, una condena como autor de una falta de desobediencia en sentencia de 2 de julio de 2003, con referencia a la proximidad de los hechos, su entidad y el comportamiento del recurrente que omitió en su solicitud cualquier referencia a la condena.

La sentencia impugnada, tras recoger los criterios jurisprudenciales sobre el requisito exigido por el artículo 22.4 del Código Civil para la concesión de nacionalidad, de justificación

de buena conducta cívica, valora las circunstancias acreditadas en los autos y llega a la conclusión de que no se ha desvirtuado el motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, con los siguientes razonamientos:

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 30 de diciembre de 2005, siendo el recurrente nacional de Marruecos.

El actor está casado con nacional española (7 de diciembre de 1995), con la que tiene un hijo nacido (...) -1997. Su residencia legal se remonta al 17 de diciembre de 1991. Se ha aportado hoja histórico laboral que permite concluir que su residencia en España se corresponde con una discontinua aunque mantenida y regularizada actividad laboral, ya que a 26 de octubre de 2005 acredita 1499 días de cotización (4 años, 1 mes y 8 días). No se han aportado declaracio-

nes de impuestos, participación en actividades comunitarias o sociales, etc.

El expediente refleja que el recurrente fue condenado como autor de una falta de desobediencia por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Olot, en sentencia de 2 de julio de 2003, sobre la base de hechos ocurridos el 15 de agosto de 2002 (la policía autonómica acude a un bar al ser requeridos porque un individuo estaba molestando a los clientes apreciando como el recurrente insulta a la propietaria, no saliendo del bar a los requerimientos de los agentes, diciendo que tenía un bomba, arrojando monedas al suelo y continuando con sus insultos a la dueña del bar y a uno de los agentes.). La condena fue a una multa cuyo pago, pese a haberse alegado, no se ha acreditado.

Por ello, no se puede obviar que el recurrente fue condenado en firme por hechos con trascendencia penal, próximos en el tiempo a su solicitud de nacionalidad, por lo que ha de concluirse que el devenir conductual del recurrente no se ajusta al estándar medio del que venimos hablando, y sin olvidar que los hechos anteriormente descritos son, por sí mismos, lo suficientemente relevantes de la falta de buena conducta cívica en el recurrente. Además en este caso aunque podemos hablar de que el incidente reseñado es un hecho único y singularizado dentro de una muy dilatada permanencia previa marcada por una conducta intachable no podemos olvidar que el hoy actor, al solicitar la nacionalidad, manifestó que carecía de antecedentes penales y que no estaba procesado, lo que técnicamente es correcto ya que en las faltas penales no concurren tales circunstancias, pero omitió cualquier referencia al hecho de la condena penal previa. Con ello el recurrente, al ocultar la condena, vino a demostrar una clara deslealtad argumental, con ocultación de hechos relevantes de cara a su solicitud de nacionalidad, lo que de por sí ya es indicador de un estándar de conducta no adecuado, de tal manera que la existencia de la condena a la que nos venimos refiriendo solo se puso de manifiesto por conducto de la DGRN y una vez que ya habían emitido su informe el Juez encargado y el Fiscal. Por ello no puede considerarse como relevante el sentido favorable del informe de ambos ya

que se les sustrajo de la valoración del hecho de la condena.

En lo relativo a la existencia de factores positivos compensadores los mismos no pueden limitarse a la mera concurrencia de los otros requisitos también precisos para la obtención de la nacionalidad (residencia legal, integración por idioma y conocimiento institucional básico...).

No se trata, como indica el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003: «de que, como ocurre en el caso de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza, hayan de concurrir circunstancias excepcionales (art. 21.1) en el extranjero que solicita la nacionalidad por residencia, pero sí de subrayar que, siendo como es reglado el otorgamiento en este caso, ese estándar medio de conducta sea escrupulosamente respetado. Y es natural que sea así, porque la adquisición de la nacionalidad les convierte en ciudadanos españoles lo cual supone (art. 23 CE) que adquieren el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos...», «desplazando hacia el solicitante la carga de probar que viene observando una conducta de tales características».

Por todo ello, no desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procede desestimar el recurso y, confirmar dicha resolución por ser conforme al ordenamiento jurídico, significándole a la parte actora que el pronunciamiento desestimatorio de la resolución recurrida que esta sentencia confirma no es una derivada directa de la sentencia penal sino de su propio comportamiento.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, en este caso, por un lado, están presentes elementos negativos en la conducta del recurrente, como los hechos que recoge la sentencia impugnada, que dieron lugar al procedimiento penal y a la sentencia condenatoria del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Olot, por una falta de

desobediencia, y por otro lado, se omite la justificación de una conducta acorde con los valores cívicos de la comunidad, pues los documentos aportados al expediente por la parte recurrente muestran su residencia en España y su actividad laboral, lo que hace referencia a los requisitos para la concesión de nacionalidad de residencia, permanencia y arraigo personal y laboral del recurrente, pero nada dicen ni aportan sobre el citado requisito de la buena conducta cívica, y menos aún puede estimarse que se haya acreditado en positivo el requisito de la buena conducta cívica, con las pruebas expresivas y convincentes que en mayor grado son exigibles en este caso, por la presencia de los hechos constitutivos de la condena penal por la falta de desobediencia a que antes nos hemos referido.

No puede compartirse la crítica que efectúa la parte recurrente de la sentencia impugnada, por no limitarse a revisar la actuación administrativa, y entrar a valorar el comportamiento del recurrente en el expediente, que es una circuns-

tancia que la Administración no tuvo en cuenta para denegar la concesión de nacionalidad.

Las referencias de la sentencia recurrida a la deslealtad argumental de la parte recurrente en el procedimiento, por ocultar la existencia de la condena penal por falta de desobediencia, se efectúan, como resulta de la propia sentencia, para explicar que el informe del Fiscal y del Juez Encargado del Registro Civil de Olot fueran favorables a la solicitud de nacionalidad, pues como razona la sentencia recurrida, tales informes no pueden considerarse relevantes, «ya que se les sustrajo de la valoración el hecho de la condena», pero lo anterior no impide que la sentencia impugnada haya analizado y valorado los hechos concurrentes, para llegar motivadamente a la conclusión de que, como se ha dicho, el recurrente no desvirtuó la apreciación por la Administración de la falta de justificación de buena conducta cívica.

Por lo anteriormente razonado, se desestima el recurso de casación.

**Nacionalidad: Deficiente conocimiento de la lengua y desconocimiento de la realidad española. Bajo grado de integración de acuerdo con el acta de integración realizada ante el Juez Encargado del Registro Civil. No comprensión de conceptos de la realidad en España, como las instituciones básicas del Estado, ni las costumbres, ni tradiciones españolas.**

**Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional**

**Fecha: 13 de noviembre de 2012**

**Recurso Contencioso-Administrativo: 271/2011**

**Ponente: D. Francisco Díaz Fraile**

**Voz: Denegación de la nacionalidad española a pesar del arraigo: desconocimiento de la lengua española e insuficiente grado de integración en nuestra sociedad**

Se impugna la resolución de 1 de marzo de 2011 del Ministerio de Justicia, que desestimó el recurso de reposición deducido en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 24 de junio de 2010 que le había denegado la concesión de la nacionalidad en base a lo siguiente: Que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, requisito contemplado en el artículo 22.4 del Código Civil, de acuerdo con el acta de integración realizada ante el Juez Encargado del Registro Civil de Cartagena el 22 de enero de 2010 el

promotor no conoce suficientemente el idioma español ni comprende alguna de las preguntas que se le formulan, en especial si España es una monarquía o república, al no comprender dichos conceptos.

(...)

En el caso que ahora contemplamos el recurrente es natural de Marruecos, nace el (...) -1956, está casado y es padre de cuatro hijos, reside legalmente en España desde 1991, figura inscrito en el padrón municipal de habi-

tantes del Ayuntamiento de La Unión (Murcia), y con fecha de 21 de septiembre de 2006 tenía acreditados 5.226 días de alta en el sistema de la Seguridad Social (con fecha de 17 de agosto de 2010 tales días ascendían a 6.652).

El interesado presentó su solicitud de nacionalidad el 20 de diciembre de 2006, cuya solicitud fue informada favorablemente en un principio por el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil tras la audiencia practicada al interesado el mismo día 20 de diciembre de 2006.

Con fecha de 14 de septiembre de 2009 la Dirección General de los Registros y del Notariado devolvió el expediente al Encargado del Registro Civil de Cartagena para que practicara un nuevo examen de integración, que se llevó a cabo el 22 de enero de 2010, y tras este último examen Magistrado-Juez Encargado informó desfavorablemente con base en lo siguiente: Que practicado examen de integración en la persona del promotor se deduce que el citado promotor del expediente no entiende suficientemente el idioma español ni comprende alguna de las preguntas que se le formulan, en especial si España es una monarquía o república, al no comprender dichos conceptos, o el término región, al no entender la distinción territorial de España. Desconoce igualmente otras ciudades españolas más allá de Madrid así como el nombre y el partido político del Presidente de la Comunidad Autónoma de la región de Murcia.

Cabe añadir a lo anterior que el Ministerio Fiscal se opuso en el correspondiente trámite al recurso de reposición formulado por el interesado contra la originaria resolución denegatoria de la nacionalidad.

El informe policial de 12 de diciembre de 2007 obrante en el expediente consigna en el correspondiente apartado que sí habla español (el interesado), mientras que el informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) de 17 de

septiembre de 2007 aprecia un deficiente grado de integración en la sociedad española debido a lo siguiente: (...) No conoce suficientemente el idioma español ni ninguna de las lenguas cooficiales, lo que le impide responder a las preguntas elementales que se le formulan; no conoce las instituciones básicas del Estado ni las de las Comunidades Autónomas, incluyendo las de aquella en la que reside; no conoce las costumbres y tradiciones españolas.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias del caso, esgrime el sobredicho informe del CNI y alega que el defectuoso conocimiento de la lengua castellana y de la organización del Estado no puede ser achacado a una predisposición negativa del recurrente en relación con la cultura y el idioma español, sino que se debe a que desde su llegada a España se ha dedicado únicamente a trabajar para poder dar un futuro mejor a su familia y a su total falta de formación académica en su país de origen, por lo que termina suplicando la concesión de la nacionalidad española, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

(...)

En definitiva, si bien en el demandante concurren circunstancias de arraigo en España, su deficitario conocimiento de la lengua española y su desconocimiento de los aspectos más elementales de la realidad española impiden apreciar la concurrencia del requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española (como, en contra de la correspondiente alegación recursiva expuesta en la demanda, se deduce del sobredicho informe del CNI, aparte del también informe desfavorable del Encargado del Registro Civil), que exige una más estrecha vinculación del interesado con su entorno socio-cultural, por lo que procede desestimar el recurso, confirmando las resoluciones recurridas.

**Nacionalidad: Buena conducta cívica. Existencia de tres incidentes judiciales, en el que el recurrente, en uno es condenado, en otro absuelto y en el otro la causa está pendiente. Resulta necesario que las circunstancias compensadoras fueran especialmente intensas y mantenidas en el tiempo, no bastando las circunstancias que inciden en la integración. Valoración de la trayectoria personal del solicitante en su conjunto.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **22 de noviembre de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **489/2011**

Ponente: **Dña. Isabel García Gracia-Blanco**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española: causas penales pendientes. Falta de integración en nuestra sociedad**

Por lo expuesto es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 21 de noviembre de 2008, siendo el recurrente nacional de Colombia.

Su residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud se remonta al 11 de agosto de 2004.

Consta que el recurrente ha estado dado de alta en la Seguridad Social como trabajador autónomo y se han aportado declaraciones de IRPF 2006, 2007 y 2008 No se ha aportado acreditación de participación en actividades culturales, sociales, asistenciales, etc.

Mantiene una relación de hecho con nacional colombiana con la que tiene un hijo.

El expediente refleja que el devenir del actor en España ha tenido tres incidentes judiciales:

Condenado por el Juzgado de lo Penal n.º 15 de Madrid en sentencia firme de 14 de noviembre de 2001 por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Las multas fueron abo-

nadas el 10 de junio de 2002 y la pena privativa del permiso de conducir quedó cumplida el 21 de febrero de 2003.

PA 6337/04 del Juzgado de Instrucción n.º 46 de los de Madrid, posterior rollo 49-2006 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, por presunto delito contra la salud pública por tráfico de cocaína en el que recayó sentencia absolutoria de fecha 29 de diciembre de 2006.

Procedimiento 4/2009 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de A Coruña, rollo 7/2010-J de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Segunda, por tráfico de drogas, actuaciones que se encuentran abiertas, con imputación del recurrente, puesto en libertad provisional con fianza, sin que hasta la fecha haya recaído sentencia ni resolución que ponga fin al procedimiento.

Por tanto, pese a la carencia actual de antecedentes penales no se puede obviar que el recurrente, en su no muy dilatada residencia legal previa a la solicitud y con posterioridad a la misma, se ha visto incurso en varios incidentes con trascendencia judicial efectiva, uno de ellos con condena y otro, en particular, especialmente relevante (presunto tráfico de drogas) y del que, además, no consta que a fecha de la presente se haya cerrado de forma favorable para el actor.

No podemos considerar que existe buena conducta cuando se está inculcado en causa penal pendiente (S. TS 27 de octubre de 2010 recurso 5101/2006; 26 de septiembre de 2011 recurso 2208/2009).

Ante tal cúmulo de hechos con trascendencia en el ámbito penal hemos de concluir que: «para demostrar buena conducta cívica en estas circunstancias, habría sido precisa una actitud posterior particularmente filantrópica, lo que no ha sido acreditado». (Citando a la STS de 5 de mayo de 2009 Rec. casación 9859/2004). Además no puede darse relevancia positiva compensadora, que en este caso debería concurrir de forma manifiestamente intensa y mantenida en el tiempo, a lo que son meros hechos que redundan en otros requisitos para la obtención de la nacionalidad como es el caso de la situación familiar y económica, que inciden, en especial, en la integración. «Por otro lado, si bien la exis-

tencia de un contrato de trabajo sirve indudablemente para acreditar la integración en la sociedad española, no constituye una prueba clara y concluyente de buena conducta cívica, pues es perfectamente posible tener un trabajo asalariado sin responder a la imagen generalmente aceptada de lo que debe ser un buen ciudadano» (STS de 30 de junio de 2009 Rec. Casación 3442/2005).

Por todo ello, ha de considerarse no desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procediendo desestimar el recurso y, confirmar dicha resolución por ser conforme al ordenamiento jurídico.

## RÉGIMEN DE LA UNIÓN EUROPEA

**Extranjeros: Permiso de residencia en calidad de miembros de la familia de un nacional de un Estado miembro. Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Categoría de miembro de la familia «a cargo» de un ciudadano de la Unión. Requisitos: La situación de dependencia debe existir en el país de procedencia del miembro de la familia de que se trate y al menos en el momento en que dicha persona solicita reunirse con el ciudadano de la Unión a cuyo cargo está.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **5 de septiembre de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-83/11**

Ponente: **Sr. Marko**

Voz: **Entrada y residencia: miembro de la familia «a cargo» de un ciudadano de la Unión Europea**

---

El 31 de mayo de 2006, el Sr. Mahbur Rahman, ciudadano bangladeshí, contrajo matrimonio con una ciudadana irlandesa que trabaja en el Reino Unido.

Tras la celebración de dicho matrimonio, el Sr. Muhammad Sazzadur Rahman, su hermano, el Sr. Fazly Rabby Islam, su hermanastro, y el Sr. Mohibullah Rahman, su sobrino, solicitaron un permiso de residencia en su calidad de miembros de la familia de un nacional de un Estado miembro del EEE, a fin de disfrutar del derecho de residencia en el Reino Unido en calidad de personas a cargo de los cónyuges Rahman. Dichas solicitudes fueron denegadas por el Entry Clea-

rance Officer en Bangladesh, el 27 de julio de 2006, al no haber podido demostrar los demandados en el litigio principal que, en Bangladesh, estaban a cargo de los cónyuges Rahman.

A continuación, los demandados en el litigio principal interpusieron un recurso contra la referida decisión de denegación ante el Immigration Judge of the Asylum and Immigration Tribunal. El 19 de junio de 2007, el referido órgano jurisdiccional estimó su recurso. Declaró que podían beneficiarse de las disposiciones del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, por lo que debía facilitarse su entrada en el Reino Unido. En consecuencia, se expedieron permisos de

residencia de familiar de nacional de un Estado miembro del EEE a los demandados en el litigio principal y éstos pudieron reunirse con los cónyuges Rahman en el Reino Unido.

El 9 de enero de 2008, los demandados en el litigio principal solicitaron la expedición de tarjetas de residencia para confirmar su derecho de residencia en el Reino Unido. Mediante resolución de 24 de diciembre de 2008, el Secretary of State denegó dichas solicitudes, al considerar que no habían demostrado haber residido con la Sra. Rahman, ciudadana de la Unión interesada, en el mismo Estado miembro del EEE antes de que ésta llegase al Reino Unido ni que continuaban estando a su cargo o que vivían con ella en el Reino Unido.

En el marco de un recurso interpuesto contra la citada resolución, el Immigration Judge of the Asylum and Immigration Tribunal resolvió el 6 de abril de 2009 que los demandados en el litigio principal estaban efectivamente «a cargo» y, por consiguiente, consideró que su expediente debía ser objeto de un examen en aplicación del artículo 17, apartados 4 y 5, del Reglamento de inmigración.

El Secretary of State solicitó la reconsideración de dicha resolución por el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber). La reconsideración fue ordenada mediante resolución de 30 de abril de 2009 y el asunto se remitió al referido órgano jurisdiccional en cuanto órgano de apelación.

En estas circunstancias, el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Exige el artículo 3, apartado 2, de la [Directiva 2004/38] que un Estado miembro adopte disposiciones legislativas para facilitar la entrada y/o residencia en un Estado miembro de las personas comprendidas en la categoría de otro miembro de la familia que no son nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y que pueden cumplir los requisitos del artículo 10, apartado 2 [de dicha Directiva]?

2) ¿Pueden los otros miembros de la familia mencionados en la primera cuestión acogerse a la aplicabilidad directa del artículo 3, apartado 2, de la [Directiva 2004/38] cuando no puedan

cumplir los requisitos previstos en las disposiciones legislativas nacionales?

3) ¿Está limitada la categoría de otro miembro de la familia contemplada en el artículo 3, apartado 2 y en el artículo 10, apartado 2, de la [Directiva 2004/38] a aquellas personas que, con anterioridad a la llegada del nacional del Estado miembro de la Unión al Estado de acogida, hayan residido en el mismo país que el nacional del Estado miembro de la Unión y su cónyuge?

4) La situación de dependencia contemplada en el artículo 3, apartado 2, de la [Directiva 2004/38], que invoca el otro miembro de la familia para la entrada en el Estado de acogida, ¿debe haber existido poco tiempo antes del traslado del ciudadano de la Unión al Estado de acogida?

5) ¿Puede un Estado miembro establecer determinados requisitos acerca de la naturaleza o la duración de la situación de dependencia de los otros miembros de la familia contemplada en el artículo 3, apartado 2, de la [Directiva 2004/38], a fin de evitar que una dependencia simulada o innecesaria permita lograr la admisión o permanencia de un no nacional en el territorio de ese Estado miembro?

6) La situación de dependencia que invoca el otro miembro de la familia para [residir] en el Estado miembro ¿debe perdurar por un cierto período o indefinidamente en el Estado de acogida, a efectos de la expedición o renovación de un permiso de residencia con arreglo al artículo 10 de la [Directiva 2004/38] y, en caso afirmativo, cómo debe acreditarse esta situación de dependencia?»

(...)

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

1) El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, debe interpretarse en el sentido de que:

- los Estados miembros no están obligados a acoger todas las solicitudes de entrada o de residencia presentadas por los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no estén comprendidos en la definición del artículo 2, punto 2, de la citada Directiva, aunque demuestren, de conformidad con el artículo 10, apartado 2, de ésta, que están a cargo de dicho ciudadano;
  - no obstante, incumbe a los Estados miembros velar por que su legislación contenga criterios que permitan a las referidas personas obtener una decisión sobre su solicitud de entrada y de residencia que esté basada en un estudio detenido de su situación personal y que, en caso de denegación, esté motivada;
  - los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la elección de los referidos criterios que, no obstante, han de ser conformes con el sentido habitual del término «facilitará» y con los términos relativos a la dependencia empleados en el citado artículo 3, apartado 2, y no deben privar a dicha disposición de su efecto útil, y
  - todo solicitante tiene el derecho de que un órgano jurisdiccional compruebe si la normativa nacional y la aplicación de ésta cumplen esos requisitos.
- 2) Para que una persona esté comprendida en la categoría de miembro de la familia «a cargo» de un ciudadano de la Unión contemplada en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, la situación de dependencia debe existir en el país de procedencia del miembro de la familia de que se trate, y ello al menos en el momento en que dicha persona solicita reunirse con el ciudadano de la Unión a cuyo cargo está.
- 3) El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que, en el ejercicio de su margen de apreciación, los Estados miembros pueden establecer requisitos específicos acerca de la naturaleza o la duración de la situación de dependencia, siempre que dichos requisitos sean conformes con el sentido habitual de los términos relativos a la dependencia empleados en el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra a), de la Directiva 2004/38 y no priven a dicha disposición de su efecto útil.
- 4) No está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la referida Directiva la cuestión de si la expedición de la tarjeta de residencia prevista en el artículo 10 de la Directiva 2004/38 puede estar supeditada al requisito de que la situación de dependencia en el sentido del artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva perdure en el Estado miembro de acogida.

**Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Permiso de residencia regular de duración determinada cuya validez se limitaba al ejercicio de una actividad como predicador o profesor de religión. Concepto permiso de residencia que está limitado formalmente: No incluye un permiso de residencia de duración determinada, concedido a los miembros de un grupo específico de personas cuya validez puede prorrogarse de forma ilimitada.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **18 de octubre de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-502/10**

Ponente: **Sr. Lapuerta**

Voz: **Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración: predicador o profesor de religión**

El Sr. Singh, nacional indio, llegó a los Países Bajos el 4 de septiembre de 2001. El 22 de octu-

bre siguiente le fue concedido un permiso de residencia regular de duración determinada cuya

validez se limitaba al ejercicio de una actividad como predicador o profesor de religión, durante el período que iba hasta el 6 de septiembre de 2002. La validez de ese permiso fue prorrogada hasta el 19 de enero de 2005, y después hasta el 19 de enero de 2008. Entre tanto, la restricción a la que estaba sujeto ese permiso se modificó en el sentido de que su validez se limitaba en adelante al ejercicio de una actividad como predicador.

El 30 de mayo de 2007 el Sr. Singh presentó una solicitud de permiso de residencia de larga duración – CE. Por resolución de 15 de noviembre de 2007 el Staatssecretaris denegó esa solicitud en aplicación de los artículos 21, apartado 1, letra b), de la Vw 2000, y 3.5, apartado 2, letra d), del Vb 2000, a la vez que prorrogó la duración de su permiso de duración determinada hasta el 19 de enero de 2009.

El Sr. Singh presentó una reclamación contra esa resolución denegatoria ante el Staatssecretaris, que la desestimó también en su resolución de 26 de febrero de 2008. Por sentencia de 29 de abril de 2009, el Rechtbank 's-Gravenhage estimó el recurso del Sr. Singh contra esa última resolución y ordenó al Staatssecretaris que dictara una nueva resolución sobre dicha reclamación teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en su sentencia.

Según ese tribunal, la Directiva 2003/109 no tenía por objeto excluir de su campo de aplicación una situación en la que, por su naturaleza, el permiso de residencia concedido al extranjero no debe considerarse temporal, toda vez que el artículo 3, apartado 2, letra e), de esa Directiva sólo abarca las situaciones en las que la residencia es por naturaleza temporal. En ese sentido, el efecto útil de dicha Directiva sería frustrado si un Estado miembro estuviera facultado para excluir de su campo de aplicación la situación de un extranjero que posea un permiso de residencia que puede ser prorrogado de manera ilimitada.

El Staatssecretaris interpuso un recurso contra esa sentencia ante el tribunal remitente.

Según ese tribunal, puede estimarse que los términos «limitado formalmente», que figuran en el artículo 3, apartado 2, letra e), de la Direc-

tiva 2003/109, atribuyen un margen de apreciación a los Estados miembros que les permite acompañar de restricciones formales un permiso de residencia de duración determinada, siempre que dichos Estados garanticen efectivamente la plena aplicación de esa Directiva.

No obstante, según el tribunal remitente, el significado del concepto «permiso de residencia limitado formalmente» a efectos de dicha disposición no está determinado, y el reconocimiento de ese margen de apreciación a los Estados miembros podría perjudicar el efecto útil de la Directiva 2003/109 o el objetivo de ésta de alcanzar una armonización de las condiciones de adquisición del estatuto de residente de larga duración – CE.

En lo que atañe a los permisos de residencia de duración determinada sujetos a una restricción relativa al ejercicio de una actividad como predicador o profesor de religión, el tribunal remitente señala que consta que la duración de éstos puede prorrogarse de forma indefinida mientras su titular siga reuniendo las condiciones exigidas por la normativa neerlandesa, y que resulta además de documentos oficiales del Ministerio de Inmigración e Integración que en la práctica numerosos extranjeros que residen en calidad de predicadores en el territorio neerlandés no abandonan éste. En razón de esa constatación, la nueva normativa mencionada en el apartado 19 de la presente sentencia ha considerado que la residencia de los predicadores y de los profesores de religión en los Países Bajos es no temporal por naturaleza.

En estas circunstancias el Raad van State decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el concepto de “permiso de residencia limitado formalmente”, recogido en el artículo 3, apartado 2, inicio y letra e), de la Directiva 2003/119 [...], en el sentido de que comprende un permiso de residencia de duración determinada que, de conformidad con la normativa neerlandesa, no ofrece perspectiva alguna de obtener un permiso de residencia de duración indefinida, aun cuando, en principio, el período de validez de ese permiso de residencia

pueda prorrogarse ilimitadamente, e incluso si un determinado grupo de personas, tales como los predicadores y profesores de religión, queda excluido de la aplicación de la Directiva?».

(...)

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

El artículo 3, apartado 2, letra e), de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, debe interpretarse en el sentido de que

el concepto «permiso de residencia [que] está limitado formalmente» no incluye un permiso de residencia de duración determinada, concedido a los miembros de un grupo específico de personas, cuya validez puede prorrogarse de forma ilimitada, sin ofrecer no obstante perspectiva alguna de obtención de un permiso de residencia de duración indefinida, siempre que esa limitación formal no impida la instalación duradera del nacional del tercer país en el Estado miembro interesado, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente.

**Nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado Miembro. Concesión del estatuto de residente de larga duración. Requisitos. Nacionales de terceros países miembros de la familia de ciudadanos de la Unión. Derecho de residencia de un nacional de un tercer país en el Estado miembro de origen de un ciudadano que reside en otro Estado miembro. No cabe invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **8 de noviembre de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-40/11**

Ponente: **Sr. Lapuerta**

Voz: **Estatuto de residente de larga duración. Nacionales de terceros países miembros de la familia de ciudadanos de la Unión**

El Sr. [...], de nacionalidad japonesa, contrajo matrimonio en 1998, en Estados Unidos, con la Sra. N.-I., de nacionalidad alemana. La hija de ambos, Mía, nació el 27 de agosto de 2004 en Estados Unidos y posee las nacionalidades alemana, estadounidense y japonesa.

En diciembre de 2005, la familia se instaló en Alemania. En enero de 2006, el Sr. [...] obtuvo un permiso de residencia por reagrupación familiar conforme al artículo 28 de la AufenthG. Desde febrero de 2006, trabaja a tiempo completo en Ulm en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado y percibe actualmente unos ingresos brutos mensuales de 4.850 euros. Debido a sus horarios laborales, ha quedado exento, con arreglo al Derecho nacional, de seguir un curso de integración.

Durante el verano de 2007, la esposa del Sr. [...] comenzó a trabajar a tiempo completo

en Viena. Si bien los cónyuges mantuvieron al principio la convivencia matrimonial entre Ulm y Viena, desde enero de 2008 viven permanentemente separados, aun cuando no se hayan divorciado. Ambos tienen y ejercen en común la patria potestad en relación con su hija, si bien desde marzo de 2008 madre e hija tienen su residencia habitual en Viena, donde esta última cursa sus estudios.

El Sr. [...] visita regularmente a su hija un fin de semana al mes en Viena y ésta pasa la mayor parte de sus vacaciones con su padre en Ulm. También se han realizado viajes en común. Según la información facilitada por el Sr. [...] al Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, la relación padre-hija es excelente.

Tras la marcha de su hija y de su esposa, la aplicación del derecho de residencia autónomo previsto en el artículo 31 de la AufenthG quedó

excluida para el Sr. [...], puesto que no se había acreditado la convivencia matrimonial de los cónyuges en Alemania durante al menos dos años y no se había solicitado la exención de este requisito.

No obstante, debido a su empleo en Ulm, el Sr. [...] obtuvo un permiso de residencia que, en virtud del artículo 18 de la AufenthG, se prorrogó el 18 de noviembre de 2010 hasta el 2 de noviembre de 2012 y cuya posterior prórroga es discrecional.

El 30 de mayo de 2008, el Sr. [...] solicitó a la Stadt Ulm que le expidiera una «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión», conforme al artículo 5 de la FreizügG/EU. Su solicitud fue desestimada, por entender que no tenía derecho a esa tarjeta sobre la base de la normativa de la Unión, en primer lugar por la Stadt Ulm y el Regierungspräsidium Tübingen (Consejo de Gobierno de Tübingen), y posteriormente mediante sentencia del Verwaltungsgericht Sigmaringen (Tribunal de lo contencioso administrativo de Sigmaringen).

El 6 de mayo de 2010, el Sr. [...] interpuso un recurso de apelación contra esta sentencia ante el Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg.

El Sr. [...] presentó además una solicitud dirigida a obtener un permiso de residencia de larga duración conforme al artículo 9 *bis* de la AufenthG, aunque posteriormente la retiró.

En este contexto, el Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«A. Sobre los artículos 2, 3 y 7 de la Directiva 2004/38:

1) ¿Se considera, en particular a la luz de los artículos 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en lo sucesivo, “Carta”], así como del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, “CEDH”)], que mediante una interpretación amplia del artículo 2, punto 2, letra d), de la Directiva 2004/38, también es “miembro

de la familia” el progenitor, nacional de un tercer país, titular de la patria potestad sobre una hija ciudadana de la Unión Europea que disfruta de la libre circulación y no está a cargo del progenitor?

2) En caso afirmativo: ¿resulta aplicable la Directiva 2004/38 a dicho progenitor, en particular a la luz de los artículos 7 y 24 de la Carta, así como del artículo 8 del CEDH, mediante una interpretación amplia del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, incluso cuando el progenitor no “acompaña” a su hija ni se “reúne” con ella en el Estado miembro al que la menor se ha trasladado, sino que continúa residiendo en el Estado miembro de origen de su hija?

3) En caso afirmativo: ¿resulta de lo anterior para dicho progenitor, en particular a la luz de los artículos 7 y 24 de la Carta, así como del artículo 8 del CEDH, un derecho de residencia de más de tres meses en el Estado miembro de origen de la hija, mediante una interpretación amplia del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38, al menos en tanto que el progenitor sea titular de la patria potestad y la ejerza efectivamente?

B. Sobre el artículo 6 [UE], apartado 1, en relación con la Carta:

1) a) ¿Se aplica la Carta conforme a su artículo 51, apartado 1, primera frase, segunda alternativa, en la medida en que el litigio está supeditado a una ley nacional (o parte de una ley) que, entre otras finalidades (aunque no exclusivamente), ha procedido a la transposición de Directivas europeas?

b) En caso de respuesta negativa: ¿se aplica la Carta conforme a su artículo 51, apartado 1, primera frase, segunda alternativa, por el mero hecho de que al demandante pueda eventualmente corresponderle un derecho de residencia en virtud de la legislación europea y, en consecuencia, podría solicitar una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión según el artículo 5, apartado 2, primera frase, de la FreizügG/EU, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 10, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2004/38?

c) En caso de respuesta negativa: ¿se aplica la Carta conforme a su artículo 51, apartado

1, primera frase, segunda alternativa, enlazando con la jurisprudencia ERT (sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de junio de 1991, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartados 41 a 45), si un Estado miembro limita el derecho de residencia de un padre, nacional de un tercer país, titular de la patria potestad de una ciudadana de la Unión menor de edad que reside con su madre principalmente en otro Estado miembro de la Unión debido a la actividad profesional de ésta?

2) a) Si ha de aplicarse la Carta: ¿puede inferirse directamente del artículo 24, apartado 3, de la Carta un derecho de residencia europeo para el padre, nacional de un tercer país, al menos en tanto sea titular de la patria potestad sobre su hija, ciudadana de la Unión, y la ejerza efectivamente, incluso aunque la niña resida principalmente en otro Estado miembro de la Unión?

b) En caso de respuesta negativa: ¿se infiere del derecho de libre circulación de la hija ciudadana de la Unión, según el artículo 45, apartado 1, de la Carta, eventualmente en relación con el artículo 24, apartado 3, de la Carta, un derecho de residencia europeo para el padre, nacional de un tercer país, al menos en tanto que éste sea titular de la patria potestad sobre su hija ciudadana de la Unión, y la ejerza efectivamente, con el fin, principalmente, de no privar de toda eficacia al derecho de libre circulación de la hija?

C. Sobre el artículo 6 [UE], apartado 3, en relación con los principios generales del Derecho de la Unión:

1) ¿Pueden aplicarse en toda su extensión los derechos fundamentales de la UE “no escritos” desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la sentencia de 12 de noviembre de 1969, Stauder (29/69, Rec. p. 419), apartado 7, hasta, por ejemplo, la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981), apartado 75, incluso si, en el caso concreto, se excluye la aplicación de la Carta? O, formulado con otras palabras, ¿coexisten los derechos fundamentales que continúan en vigor conforme al artículo 6 [UE], apartado 3, como principios generales del Derecho de la Unión de forma autónoma e independiente con los nuevos derechos fundamenta-

les de la Carta reconocidos en el apartado 1 de dicho artículo?

2) En caso de respuesta afirmativa: ¿puede inferirse, para un ejercicio efectivo de la patria potestad, de los principios generales del Derecho de la Unión, y en particular a la luz del derecho al respeto de la vida familiar establecido en el artículo 8 del CEDH, un derecho de residencia europeo para el padre, nacional de un tercer país, de una ciudadana de la Unión menor de edad que reside con su madre principalmente en otro Estado miembro de la Unión debido a la actividad profesional de ésta?

D. Sobre el artículo 21 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 8 del CEDH:

Si del artículo 6 [UE], apartados 1 o 3, no se infiere un derecho de residencia europeo para el demandante: ¿al objeto de ejercer de forma efectiva la patria potestad, enlazando con la sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925), apartados 45 a 47, puede deducirse del derecho de libre circulación de una ciudadana de la Unión menor de edad que reside predominantemente en otro Estado miembro de la UE con su madre debido a la actividad profesional de ésta un derecho de residencia europeo para el padre, nacional de un tercer país, en el Estado miembro de origen de la hija, conforme al artículo 21 TFUE, apartado 1, y en su caso a la luz del artículo 8 del CEDH?

E. Sobre el artículo 10 de la Directiva 2004/38:

Si se reconoce un derecho de residencia europeo: ¿tiene un progenitor nacional de un tercer país que se halla en la situación del demandante un derecho a que se le expida una “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión” conforme al artículo 10, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2004/38?».

Según el órgano jurisdiccional remitente, las anteriores cuestiones pueden resumirse en la cuestión única siguiente:

«¿Se deduce del Derecho de la Unión Europea que a un progenitor de un tercer país, titular de la patria potestad, con el fin de mantener la relación personal periódica y el contacto paterno directo con su hija ciudadana de la Unión, le corresponde un derecho de permanencia en el

Estado miembro de origen de su hija documentado en una «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión» en caso de que la hija, al ejercer su derecho de libre circulación, se traslade desde allí hasta otro Estado miembro?».

(...)

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

Fuera de las situaciones reguladas por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa

al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, y cuando tampoco existe otro elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía, un nacional de un tercer país no puede invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión.

**Extranjeros: Derecho de reagrupación familiar. Ciudadano de la Unión de corta edad que reside con su madre, nacional de un tercer país, en el territorio del Estado miembro del que dichos menores tienen la nacionalidad. Nuevo matrimonio de la madre con un nacional de un tercer país. Solicitud de reagrupación familiar en el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión. Denegación por carecer de medios de subsistencia. Procedencia. Examen de las solicitudes en interés de los menores afectados y procurando favorecer la vida familiar.**

**Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

**Fecha: 6 de diciembre de 2012**

**Cuestión Prejudicial: C-356/11 y 357/11**

**Ponente: Sr. Caoimh**

**Voz: Reagrupación familiar de un menor de edad: denegación por carecer de medios de subsistencia**

La Sra. S., nacional de Ghana, que reside en Finlandia en virtud de un permiso de residencia permanente, contrajo matrimonio el 4 de julio de 2001 con un nacional finlandés, con el que tuvo un hijo, nacido el 11 de julio de 2003. Este hijo tiene la nacionalidad finlandesa y ha residido siempre en Finlandia. La Sra. S. tiene encomendada la guarda y custodia exclusiva de este hijo desde del 2 de junio de 2005. Los cónyuges se divorciaron el 19 de octubre de 2005. El padre del niño reside en Finlandia.

De la resolución de remisión se desprende que, durante su estancia en Finlandia, la Sra. S. ha estudiado, ha disfrutado del permiso de maternidad, ha aprendido una profesión y ha desempeñado un trabajo.

El 26 de junio de 2008, la Sra. S. contrajo matrimonio con el Sr. O., que es nacional de Costa de Marfil. El 3 de julio de 2008, este último presentó ante el M. una solicitud de permiso de residencia basándose en este matrimonio. El 21 de noviembre de 2009, de dicha unión nació en Finlandia una niña que es nacional de Ghana y cuya custodia ejercen conjuntamente los cónyuges. El Sr. O. convive con la Sra. S. y sus dos hijos.

De la resolución de remisión se desprende que el 1 de enero de 2010 el Sr. O. celebró un contrato de trabajo por una duración de un año, que preveía ocho horas de trabajo diarias y un salario de 7,50 euros por hora. No obstante, el Sr. O. no ha acreditado documentalmente haber trabajado efectivamente en virtud de dicho contrato.

Mediante resolución de 21 de enero de 2009, el M. desestimó la solicitud de permiso de residencia formulada por el Sr. O. alegando que éste no disponía de recursos suficientes. Además, consideró que, en el presente caso, no existía motivo alguno para hacer una excepción al requisito relativo a los medios de subsistencia, como permite el artículo 39, apartado 1, de la Ley de Extranjería cuando concurren circunstancias de especial gravedad o lo exige el interés del menor.

Mediante sentencia de 27 de agosto de 2009, el Helsingin hallinto-oikeus (Tribunal Administrativo de Helsinki) desestimó el recurso de anulación interpuesto por el Sr. O. contra la citada resolución.

Por ello, la Sra. S. y el Sr. O. interpusieron recurso de casación contra dicha sentencia ante el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo Administrativo).

*Asunto C-357/11*

La Sra. L., de nacionalidad argelina, reside legalmente en Finlandia desde el año 2003. Obtuvo un permiso de residencia permanente en este país a raíz de su matrimonio con un nacional finlandés. De dicha unión nació, en 2004, un niño que tiene la doble nacionalidad finlandesa y argelina y que ha residido siempre en Finlandia. Los cónyuges se divorciaron el 10 de diciembre de 2004, y la Sra. L. obtuvo la guarda y custodia exclusiva del hijo de ambos. El padre del niño reside en Finlandia.

El 19 de octubre de 2006, la Sra. L. contrajo matrimonio con el Sr. M., nacional argelino, que llegó legalmente a Finlandia durante el mes de marzo de 2006, donde solicitó asilo político y donde, según sus alegaciones, convivió con la Sra. L. a partir del mes de abril del mismo año. El Sr. M. fue devuelto a su país de origen en el mes de octubre de 2006.

El 29 de noviembre de 2006, la Sra. L. solicitó ante el M. que se concediera a su esposo un permiso de residencia en Finlandia basándose en su matrimonio.

El 14 de enero de 2007, de la citada unión nació en Finlandia un hijo que tiene la nacionalidad argelina y cuya guarda y custodia ejercen

conjuntamente sus dos progenitores. No se ha acreditado que el Sr. M. haya llegado a conocer a su hijo.

De la resolución de remisión se desprende que la Sra. L., durante el tiempo que ha residido en Finlandia, nunca ha desempeñado una actividad profesional. Sus ingresos provienen de una pensión mínima de subsistencia y de otras prestaciones. Su cónyuge no ha ejercido ninguna actividad profesional conocida en Finlandia, aun cuando declaró estar convencido de poder encontrar trabajo en Finlandia habida cuenta de sus conocimientos lingüísticos.

Mediante resolución de 15 de agosto de 2008, el M. desestimó la solicitud de permiso de residencia del Sr. M. debido a que no tenía asegurados sus medios de subsistencia.

El Helsingin hallinto-oikeus estimó el recurso de anulación interpuesto por la Sra. L. contra la citada resolución desestimatoria mediante sentencia de 21 de abril de 2009. El M. interpuso, entonces, un recurso de casación contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.

En sus peticiones de decisión prejudicial, el Korkein hallinto-oikeus expone que, dado que se denegó la concesión del permiso de residencia a los Sres. O. y M., es posible que sus cónyuges y los hijos sobre los que éstas tienen la guarda y custodia, incluidos aquellos que tienen la condición de ciudadanos de la Unión, se vean obligados a abandonar el territorio de la Unión Europea para poder vivir en familia. A este respecto, se pregunta sobre la aplicabilidad de los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, Rec. p. I-0000).

En estas circunstancias, el Korkein hallinto-oikeus decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

*Asunto C-356/11*

«1) ¿Es contrario al artículo 20 TFUE denegar a un nacional de un tercer país un permiso de residencia por carecer de medios de subsistencia, si las relaciones familiares son tales que su cónyuge tiene la guarda y custodia de un hijo

ciudadano de la Unión y el nacional del tercer país no es ni el padre biológico de dicho menor, ni le corresponde su guarda y custodia?

2) En caso de responderse a la primera pregunta de forma negativa, ¿debe valorarse el efecto del artículo 20 TFUE de otro modo si el nacional del tercer país que no posee permiso de residencia vive con su cónyuge y con el menor ciudadano de la Unión, sobre el que el cónyuge ejerce la guarda y custodia?».

*Asunto C-357/11*

«1) ¿Es contrario al artículo 20 TFUE denegar a un nacional de un tercer país un permiso de residencia por carecer de medios de subsistencia si las relaciones familiares son tales que su cónyuge tiene la guarda y custodia de un hijo ciudadano de la Unión y el nacional del tercer país no es el padre biológico de dicho menor, ni le corresponde su guarda y custodia ni tampoco vive con su cónyuge o con el menor en cuestión?

2) En caso de responderse a la primera pregunta de forma negativa, ¿debe valorarse el efecto del artículo 20 TFUE de otro modo si el nacional del tercer país, que no posee permiso de residencia y no vive en Finlandia, y su cónyuge tienen un hijo cuya guarda y custodia ejercen conjuntamente, que vive en Finlandia y es ciudadano de un tercer país?».

(...)

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

El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue al nacional de un tercer país un permiso de residencia solicitado al amparo de la reagrupación familiar, cuando dicho nacio-

nal pretende residir con su cónyuge, también nacional de un tercer país legalmente residente en dicho Estado miembro y madre de un hijo, fruto de un primer matrimonio y que es ciudadano de la Unión, y con el hijo fruto de su propia unión, también nacional de un tercer país, siempre que tal negativa no provoque, para el ciudadano de la Unión afectado, la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Las solicitudes de permisos de residencia formuladas al amparo de la reagrupación familiar como las examinadas en los litigios principales están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El artículo 7, apartado 1, letra c), de ésta debe interpretarse en el sentido de que, si bien los Estados miembros tienen la facultad de exigir que se acredite que el reagrupante dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, dicha facultad debe ejercerse a la luz de los artículos 7 y 24, apartados 2 y 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores afectados y procurando también favorecer la vida familiar, así como evitando menoscabar tanto el objetivo de la citada Directiva, como su efecto útil. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las decisiones denegatorias del permiso de residencia de que se trata en los litigios principales se adoptaron cumpliendo estas exigencias.

**Concesión del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria: Apátridas de origen palestino que han recibido asistencia del Organismo de Obras Públicas y Socorro a los refugiados de Palestina en el Cercano Oriente. Requisitos. Cese de la protección o asistencia «por cualquier motivo». Comprobación por el Estado Miembro responsable del examen de la solicitud de asilo comprobar que esa persona ha sido forzada a marchar de la zona de operación de ese órgano u organismo. Reconocimiento de pleno derecho de la condición de refugiado.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **19 de diciembre de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-364/11**

Ponente: **Sr. Larsen**

Voz: **Solicitud de asilo: apátridas de origen palestino**

*El caso del Sr. Abed El Kareem El Kott:*

De la resolución de remisión resulta que el Sr. Abed El Kareem El Kott vivía en condiciones materiales difíciles en el campo de refugiados de Ein El-Hilweh del UNRWA en el Líbano. En esas circunstancias y después de ser incendiada su casa y ser él amenazado, abandonó ese campo y huyó del Líbano, donde estaba seguro de que sería localizado.

En Hungría, la BAH no le reconoció el estatuto de refugiado, pero, basándose en el artículo 21, apartado 1, de la Directiva 2004/83, dictó una prohibición de devolución a su favor.

El Sr. Abed El Kareem El Kott interpuso un recurso ante el tribunal remitente impugnado la denegación del estatuto de refugiado.

*El caso del Sr. A Radi:*

Acerca del Sr. A Radi, de la resolución de remisión resulta que su casa, en el campo de refugiados del UNRWA de Nahr el Bared, también situado en Líbano, fue destruida en mayo de 2007 a raíz de los enfrentamientos entre el ejército libanés y el grupo islámico Fatah. Dado que en el campo de refugiados de Baddawi, cercano al campo de Nahr el Bared, no había espacio para acogerle, el Sr. A Radi, sus padres y sus hermanos se alojaron en casa de un conocido en Trípoli (Líbano). Sin embargo, los soldados libaneses les insultaban, maltrataban, detenían arbitrariamente, torturaban y humillaban. Pensando que, en su condición de palestinos, carecían de derechos en el Líbano, el Sr. A Radi, marchó de ese país junto con su padre.

La BAH tampoco le reconoció el estatuto de refugiado, pero dictó a su favor una orden de no devolución. El Sr. A Radi interpuso un recurso ante el tribunal remitente impugnado la denegación de ese estatuto.

*El caso del Sr. Kamel Ismail:*

El Sr. Kamel Ismail vivía con su familia en el campo de Ein El-Hilweh. Afirmó que, durante enfrentamientos armados entre el grupo islámico Fatah y el Jund al Sham, algunos extremistas habían querido usar el tejado de su casa. Cuando se negó fue amenazado de muerte y considerado sospechoso de ser un «agente del enemigo». Dado que no podía asegurar su defensa, marchó con su familia a Beirut (Líbano). Como allí no se sentía a salvo, huyó a Hungría. Presentó un certificado del Comité popular palestino, que manifiesta que él mismo y su familia tuvieron que abandonar el campo de Ein El-Hilweh por razones de seguridad y a causa de las amenazas de islamistas radicales, junto con fotografías que mostraban graves daños en su casa.

La BAH no le reconoció el estatuto de refugiado pero le concedió a él y a los miembros de su familia la protección subsidiaria.

El Sr. Kamel Ismail también interpuso un recurso ante el tribunal remitente contra la decisión que le denegaba el estatuto de refugiado.

#### PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

El tribunal remitente acumuló los tres asuntos en el procedimiento principal.

Los demandantes en el procedimiento principal, invocando ante el tribunal remitente, de forma creíble según éste, las circunstancias individuales en las que se vieron forzados a abandonar la zona de operación del UNRWA, solicitaron el reconocimiento del estatuto de refugiado con fundamento en el artículo 1, sección D, párrafo segundo, de la Convención de Ginebra, disposición a la que remite el artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2004/83.

Alegan que, dado que en lo que a ellos se refiere la asistencia del UNRWA ha cesado, en el sentido de la referida disposición de la Convención de Ginebra, ésta les atribuye automáticamente el derecho al reconocimiento del estatuto de refugiado.

Al examinar sus solicitudes, la BAH consideró a los demandantes en el procedimiento principal como solicitantes de asilo, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2005/85 y llevó a cabo ese examen conforme al procedimiento de concesión que ésta establece. La BAH llegó a la conclusión de que no reunían las condiciones para que se les reconociera la calidad de «refugiado» en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2004/83.

Aun admitiendo que la asistencia del UNRWA cesa cuando éste, por razones objetivas propias de su ámbito de actuación, no está en condiciones de asegurar la asistencia a una persona que tiene derecho a obtenerla, la BAH no considera que el hecho de tener, *ipso facto*, derecho a los beneficios del régimen de la Directiva 2004/83 implique un reconocimiento automático del estatuto de refugiado. En efecto, las consecuencias jurídicas que pueden deducirse del empleo de los términos *ipso facto* se limitan a la inclusión del interesado en el campo de aplicación personal de esa Directiva, y por tanto el uso de esos términos sólo crea la posibilidad de un reconocimiento del estatuto de refugiado.

El tribunal remitente señala en particular que, como quiera que todos los demandantes en el procedimiento principal habían recibido la asistencia de un organismo mencionado en el artículo 12, apartado 1, letra a), primera frase, de esa Directiva, se hace necesario determinar las circunstancias en las que puede considerarse que esa asistencia ha cesado, en el sentido de la

segunda frase de la misma disposición, por un lado, y por otro la naturaleza y el alcance de las garantías a las que tiene derecho *ipso facto* la persona interesada en virtud de la misma Directiva cuando esa asistencia cesa.

En estas circunstancias, el Fővárosi Bíróság (Tribunal de Budapest) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«A efectos de la aplicación del artículo 12, apartado 1, letra a), de la [Directiva 2004/83]:

1) ¿Debe entenderse por los beneficios del régimen de la Directiva el reconocimiento del estatuto de refugiado, o cualquiera de las dos formas de protección incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (estatuto de refugiado y estatuto de protección subsidiaria), en función de lo que decida el Estado miembro, o bien no implican automáticamente ninguna de ambas formas, sino que sólo debe entenderse la pertenencia al ámbito personal de aplicación de la Directiva?

2) ¿El cese de la protección o asistencia del organismo se refiere a la residencia fuera de la zona de operaciones del organismo, al cese de la actividad del organismo y de la posibilidad de recibir la protección o asistencia del organismo, o bien a un impedimento involuntario derivado de una causa legítima u objetiva, por el cual no pueda recibir esa protección o asistencia la persona legitimada para ello?»

(...)

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

1) El artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, debe interpretarse en el sentido de que el cese de la protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) «por cualquier motivo» comprende también la situación de una persona que, tras haber recibido efectivamente esa protec-

ción o asistencia, deja de obtenerla por un motivo que escapa a su propio control y es independiente de su voluntad. Corresponde a las autoridades nacionales competentes del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo presentada por esa persona comprobar, basándose en una evaluación individual de la solicitud, que esa persona ha sido forzada a marchar de la zona de operación de ese órgano u organismo, lo que sucede cuando se encontraba en un estado personal de inseguridad grave y el órgano u organismo referido estaba imposibilitado para asegurarle en esa zona condiciones de vida conformes con la misión que incumbe a dicho órgano u organismo.

2) El artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2004/83 debe

interpretarse en el sentido de que, cuando las autoridades competentes del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo hayan determinado que se cumple la condición del cese de la protección o la asistencia del Organismo de Obras Públicas y Socorro a los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (UNRWA)] en lo que afecta al solicitante, el hecho de tener ipso facto «derecho a los beneficios del régimen de [esa] Directiva» implica el reconocimiento por ese Estado miembro de la condición de refugiado en el sentido del artículo 2, letra c), de dicha Directiva y la concesión de pleno derecho del estatuto de refugiado a ese solicitante, siempre que los apartados 1, letra b), o 2 y 3, del citado artículo 12 no sean aplicables a este último.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Extradición de nacional español: Mantenimiento fraudulento de la nacionalidad española. Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de no extradición de nacionales, reciprocidad y ausencia de garantías del Estado reclamante. Irracionalidad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva: El recurrente ostenta únicamente la nacionalidad española: Al carecer de tratado de doble nacionalidad con Egipto, la prohibición de extraditar nacionales adquiere fuerza vinculante. Otorgamiento del amparo.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Constitucional**

Fecha: **10 de diciembre de 2012**

Recurso de Amparo: **3251/2012**

Ponente: **D. Francisco Hernando Santiago**

Voz: **Extradición de nacional español. Mantenimiento de facto de la nacionalidad de origen que no enerva su condición de español**

Según ha quedado expuesto, el demandante de amparo denuncia, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el principio de legalidad (art. 25.1 CE), al haber accedido las resoluciones judiciales impugnadas a la concesión de su extradición, pese a tener nacionalidad española, en contra de la prohibición contenida en el art. 3.1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, aplicable en los casos de ausencia de tratado de extradición.

En el examen de esta queja debemos partir de que, ciertamente, no existiendo tratado de

extradición entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto, son de aplicación las disposiciones de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (en adelante, LEP), cuyo art. 3.1 establece que «no se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento nacional. La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento jurídico español, y siempre que

no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición».

Pese a este acogimiento por la Ley de extradición pasiva del principio de no entrega de los nacionales, sin embargo el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2012, confirmado por el Pleno de la Sala, accede a la extradición del demandante de amparo, en lo que ahora importa con la siguiente argumentación [fundamento jurídico cuarto A) *in fine*]:

«La descrita ambivalencia en el uso de los pasaportes egipcios y español por parte del reclamado, unido a sus incesantes viajes y largas permanencias en el país de su nacimiento, implica que deje de surtir efectos denegatorios de la extradición la nacionalidad española del interesado, pues también ostenta y ejerce la nacionalidad egipcia. Y ello a pesar de que no se ha acreditado que adquiriera la nacionalidad española con el propósito de frustrar venideras peticiones de entrega procedentes de su país de origen, aparte de que ningún español está obligado a permanecer en nuestro país, a menos que así lo exija alguna resolución judicial o administrativa legalmente adoptada.

Esta situación de doble nacionalidad efectivamente ejercida por el reclamado, impide conceder primacía a lo establecido en el art. 3.1 de la Ley de Extradición Pasiva, sobre prohibición de extraditar a los nacionales españoles, ya que se reitera que el reclamado también es nacional egipcio por voluntad propia. Obrar de otro modo, como pretende la defensa del interesado, crearía un espacio de impunidad contrario a los principios de respeto a las reglas de la buena fe y de proscripción del abuso del derecho, respectivamente consagrados en los artículos 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 7.2 del Código Civil.

En definitiva, no puede ampararse al reclamado ante la situación de dualidad de nacionalidades creada por sus propios actos de manera totalmente consciente. Consta que el reclamado, aun después de obtener la nacionalidad española y de renunciar a su nacionalidad egipcia, siguió utilizando de manera continuada su nacionalidad de origen. En este punto conviene tener presente lo indicado en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, cuando realiza la distinción entre

nacionalidad efectiva y nacionalidad residual, siendo esta última en el caso examinado la española. También es procedente hacer referencia al apartado de dicha resolución que alude al diferente trato que ha de dispensarse en materia de extradición a los españoles sin ninguna otra nacionalidad y los españoles que disfrutan de otra nacionalidad, que es el caso que nos ocupa, siendo precisamente esta última la nacionalidad de origen. Distinción que en absoluto supone una discriminación, ya que tal diferenciación ha sido buscada y fomentada por el propio sujeto interesado, en este supuesto para intentar evitar su entrega a las autoridades egipcias, lo que desde luego no puede amparar este Tribunal».

Así pues, la Audiencia Nacional, pese a haber admitido la condición de español del recurrente y haber descartado que la adquisición de la nacionalidad española fuera fraudulenta, sin embargo accede a la extradición argumentando que el recurrente no ostenta como única nacionalidad la española sino que mantiene *defacto* la nacionalidad egipcia de origen, produciéndose una situación de abuso del derecho rechazada por la STC 181/2004, de 2 de noviembre.

Una vez delimitado el objeto de nuestro enjuiciamiento en lo que atañe al primer motivo de impugnación —la infracción del principio de no entrega de nacionales— debemos fijar el canon con el que abordaremos el control de constitucionalidad sobre el procedimiento extradicional, que no deja de ser un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado, o incluso concluido, en otro Estado.

Desde esta perspectiva la pretendida infracción del principio de legalidad extradicional consagrado en el art. 13.3 CE no halla acomodo en el art. 25.1 CE, puesto que este principio se refiere a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, no a las procesales (STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3). Ello implica, por tanto, la ausencia de fundamento de la queja relativa a la vulneración del principio de legalidad penal plasmado en el citado precepto, y la necesaria reconducción del reproche relativo a la infracción del principio de legalidad extradicional a los parámetros establecidos en el art. 24.1 CE (STC 30/2006, de 30 de enero, FJ 4).

En definitiva, como señalamos en la STC 87/2000, de 27 de marzo (FJ 5), las resoluciones sobre extradición de un nacional español son revisables «desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, desde la óptica del derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho, si bien atendiendo al canon de motivación reforzado, pues este derecho se conecta con otros derechos fundamentales: con el derecho a la libertad (art. 17 CE) y con el derecho a la libertad de residencia y de entrada y salida del territorio del Estado (art. 19 CE), puesto que la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos en el derecho del recurrente a permanecer en España y, como eventual consecuencia, el cumplimiento de una pena privativa de libertad» (en el mismo sentido, la STC 412/2004, 2 de noviembre, FJ 2, y las que en ella se citan).

Descendiendo a las circunstancias del caso, debemos anticipar que las recientes Sentencias de la Sala Primera de este Tribunal 205/2012 y 206/2012, ambas de 12 de noviembre, que han resuelto sendos recursos de amparo (núms. 3250-2012 y 3252-2012), interpuestos por dos hijos del ahora demandante de amparo, han apreciado que la decisión de la Audiencia Nacional incurre en irrazonabilidad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE).

A la misma conclusión llegamos en el presente caso, habida cuenta de que el recurrente, de nacionalidad egipcia de origen, adquirió la nacionalidad española por residencia superior a diez años, mediante resolución del Ministerio de Justicia de 27 de febrero de 2008, habiendo realizado el acto de juramento y renuncia a la nacionalidad anterior en comparecencia de 5 de mayo de 2008. Se cumplieron, por tanto, los requisitos constitutivos del art. 23 del Código civil, entre ellos el de renuncia a su anterior nacionalidad y, frente a esa resolución, no se ha entablado ninguna de las acciones a que se refiere el art. 25.2 del Código civil para los supuestos de falsedad, ocultación o fraude.

Por tanto, y desde la perspectiva del Derecho interno, el recurrente ostenta únicamente la nacionalidad española, por cuanto renunció a su nacionalidad anterior y no existe Tratado de doble nacionalidad con Egipto.

Pues bien, ya en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5, advertimos que «en ausencia de Tratado, la prohibición de extraditar nacionales contenida en la Ley de Extradición Pasiva cobraría su fuerza vinculante y, en consecuencia, su relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, dado el taxativo tenor literal de su art. 3.1, pues difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria una resolución que a pesar del mismo acceda a la extradición de un nacional. Como se declara en la exposición de motivos de esta Ley, dicha prohibición se sustenta en la propia soberanía estatal, de manera que tanto por razón de ello como porque los jueces están sometidos al imperio de ley, los órganos judiciales, encargados exclusivamente del control de la legalidad de la extradición, no pueden ir más allá de la legalidad que tienen obligación de aplicar». Tales consideraciones se reafirmaron en las posteriores SSTC 102/2000, de 10 de abril, FJ 8; y 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 10.

No obstante el tenor de la Ley y el sentido de nuestra jurisprudencia, las resoluciones judiciales inaplican el principio de no entrega de nacionales fijado en el art. 3.1 LEP, al entender que, de lo contrario, se «crearía un espacio de impunidad contrario a los principios de respeto a las reglas de la buena fe y de proscripción del abuso del derecho, respectivamente consagrados en los artículos 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 7.2 del Código Civil». En consecuencia, es sobre la razonabilidad de esta argumentación sobre lo que debe versar nuestro juicio de constitucionalidad.

Pues bien, en primer lugar, debe descartarse que la denegación de la extradición implique por sí misma la impunidad de los hechos perseguidos por las autoridades egipcias, dado que el art. 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirma la competencia de los Tribunales españoles para conocer de hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho. Tan es así, que en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 se

siguen las diligencias previas núm. 130-2011, tal y como se refleja en los antecedentes de la presente resolución.

En segundo lugar, en relación con la concurrencia de una situación de mala fe o abuso del derecho, el propio art. 3.1 LEP supedita la no entrega de nacionales a que la nacionalidad española «no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición». En este punto las resoluciones judiciales admiten en relación con el demandante que «no se ha acreditado que adquiriera la nacionalidad española con el propósito de frustrar venideras peticiones de entrega procedentes de su país de origen», de lo que se deriva que para los órganos judiciales se trata de una mala fe sobrevenida a la adquisición de la nacionalidad española, que infieren de la «ambivalencia en el uso de los pasaportes egipcio y español por parte del reclamado, unido a sus incesantes viajes y largas permanencias en el país de su nacimiento». Pero a ello debe objetarse que el lugar de residencia y los desplazamientos de los españoles están amparados por las libertades fundamentales de residencia y libre circulación (art. 19 CE) y que, por otra parte, la admisión por el Estado de origen de determinados actos vinculados a la condición de nacional y el ejercicio por el interesado de tales actos no llevan lógicamente a la conclusión de mantenimiento fraudulento o abusivo de la nacionalidad española cuando mantiene parcialmente un vínculo con su Estado de origen, por admitirse tal posibilidad desde la perspectiva interna de dicho Estado.

En todo caso, la circunstancia de que el demandante realizara actos que, a juicio de los órganos judiciales, implican el mantenimiento *de facto* de la nacionalidad de origen, no enerva la condición de español del recurrente en el momento de solicitarse la extradición, puesto que la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad sólo se produce en los supuestos previstos en la ley, según preceptúa el art. 11.1 CE. Y, según resulta del art. 3.1 LEP, no es el «aprovechamiento» de la nacionalidad española ya adquirida lo que se constituye en causa de exclusión del principio de no entrega de los nacionales, sino la adquisición con «el fraudulento propósito de hacer imposible la extradi-

ción», circunstancia que, hemos de repetir, descartan los propios órganos judiciales.

Finalmente, no es trasladable, como pretenden las resoluciones impugnadas, la doctrina fijada en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, en relación a quien ostentaba la doble nacionalidad española y venezolana, puesto que en el referido caso existía un Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Venezuela, de 4 de enero de 1989, lo cual llevó a este Tribunal a entender que el supuesto de hecho se situaba fuera del marco de la hipótesis de aplicación directa del art. 3.1 LEP, por ser aplicable el art. 8.1 del citado Tratado, que contemplaba la no entrega del nacional en términos facultativos, y no imperativos como hace el citado art. 3.1 LEP. Antes al contrario, la indicada STC 181/2004, de 2 de noviembre, afirma en relación con el caso en ella resuelto que «hemos de partir de la existencia de Tratado, lo que nos sitúa fuera del marco de la hipótesis de aplicación directa del art. 3.1 de la Ley de extradición pasiva —que prohíbe la extradición de nacionales—, respecto de la cual en la STC 87/2000 declaramos que difícilmente podría considerarse fundada en Derecho una resolución judicial que no denegara la extradición de un nacional».

Por cuanto antecede, debemos concluir que la argumentación de los Autos recurridos para aplicar una excepción a la prohibición de entrega de nacionales fuera del tenor del art. 3.1 LEP, no satisface las exigencias de compatibilidad con los derechos fundamentales implicados.

La apreciación de que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del demandante y los efectos que tal reconocimiento provoca, hacen innecesario un pronunciamiento de este Tribunal acerca de los restantes motivos de amparo aducidos en la demanda, consistiendo nuestro amparo, conforme al art. 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en declarar vulnerado el referido derecho fundamental y restablecerle en el mismo mediante la anulación de los Autos de la Audiencia Nacional que acordaron la entrega del recurrente al Estado egipcio para su enjuiciamiento.

Revista de

# Derecho migratorio y extranjería

---

**CRÓNICAS LEGISLATIVAS**

---



## **FUENTES INTERNAS**

- Orden ESS/2825/2012, de 27 de diciembre, por la que se prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012 (BOE de 1 de enero de 2013).
- Orden INT/28/2013, de 18 de enero, por la que se desarrolla la estructura orgánica y las funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de la Policía (BOE del 24).
- Instrucción 1/2013, de 1 de febrero, de la directora general de Cooperación e Inmigración, por la que se establecen los criterios generales para la elaboración de los informes de esfuerzo de integración para la renovación de autorizaciones de residencia (BOIB del 12).
- Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto (BOE del 23).
- Decreto 11/2013, de 22 de marzo, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento para emitir informes relativos a programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros (BOIB del 23).

## **FUENTES INTERNACIONALES**

- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero de 1992 (BOE de 13 de diciembre de 2012).
- Decisión del Consejo de 17 de diciembre de 2012 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y la República de Armenia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE, L 3, de 8 de enero de 2013).
- Aplicación provisional del Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 21 de noviembre de 2012 (BOE de 24 de enero de 2013).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la Federación de Rusia al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE de 25 de enero de 2013).
- Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República de El Salvador (BOE de 31 de enero de 2013).
- Entrada en vigor del Convenio entre el Reino de España y la República de Croacia en materia de lucha contra la delincuencia y asuntos de seguridad, hecho en Madrid el 24 de octubre de 2011 (BOE de 7 de febrero de 2013).

- Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008 (BOE de 25 de febrero de 2013).
- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, hecho «ad referendum» en Rabat el 6 de marzo de 2007 (BOE de 22 de marzo de 2013).
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Árabe de Egipto sobre la exención recíproca de los visados para los titulares de pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho en Madrid el 7 de marzo de 2013 (BOE de 29 de marzo de 2013).
- Corrección de errores del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 (BOE de 2 de abril de 2013).
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Sudáfrica sobre supresión del requisito de visado a los titulares de pasaportes diplomáticos, hecho en Pretoria el 22 de febrero de 2013 (BOE de 4 de abril de 2013).

## **FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA**

- Directiva 2012/36/UE de la Comisión de 19 de noviembre de 2012 que modifica la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el permiso de conducción (DOUE, L 321, del 20).
- Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE, L 344, de 14 de diciembre).
- Actualización de la lista de pasos fronterizos mencionados en el artículo 2, apartado 8, del Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen) (DOUE, L 394, de 20 de diciembre de 2012).
- Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE, L 351, del 20).
- Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2012 por la que se autoriza a España a ampliar la suspensión temporal de la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, con respecto a los trabajadores rumanos (DOUE, L 356, del 22).

- Reglamento (UE) n.º 1272/2012 del Consejo, de 20 de diciembre de 2012, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (refundición) (DOUE, L 359, del 29).
- Reglamento (UE) n.º 1273/2012 del Consejo, de 20 de diciembre de 2012, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (refundición) (DOUE, L 359, del 29).
- Corrección de errores del Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE, L 8, de 12 de enero de 2013).
- Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 2012 sobre las equivalencias entre categorías de permisos de conducción (DOUE, L 19, de 22 de enero de 2013).
- Decisión del Consejo, de 4 de febrero de 2013, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la readmisión de personas en situación irregular (BOE del 8).
- Actualización de los importes de referencia para el cruce de las fronteras exteriores, de conformidad con lo establecido en el artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE, C 056, de 26 de febrero de 2013).
- Decisión de Ejecución de la Comisión de 26 de febrero de 2013 relativa al Manual Sirene y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE, L 71, de 14 de marzo de 2013).
- Actualización de la lista de permisos a que se refiere el artículo 2, apartado 15, del Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE, C 75, de 14 de marzo de 2013).
- Decisión n.º 252/2013/UE del Consejo de 11 de marzo de 2013 por la que se establece un marco plurianual para el período 2013-2017 para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Decisión n.º 258/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2013 por la que se modifican las Decisiones n.º 573/2007/CE y n.º 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2007/435/CE del Consejo a fin de incrementar el porcentaje de cofinanciación del Fondo para los Refugiados, del Fondo Europeo para el Retorno y del Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países, en lo que respecta a determinadas disposiciones de gestión financiera aplicables a ciertos Estados miembros que sufren o corren el riesgo de sufrir graves dificultades en lo relativo a su estabilidad financiera (DOUE del 22).
- Decisión n.º 259/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2013 por la que se modifica la Decisión n.º 574/2007/CE a fin de incrementar el porcentaje de cofinanciación del Fondo para las Fronteras Exteriores en lo que respecta a determinados Estados miembros que sufren o corren el riesgo de sufrir graves dificultades en lo relativo a su estabilidad financiera (DOUE del 22).

- Decisión del Consejo, de 21 de marzo de 2013, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE del 27).
- Decisión del Consejo, de 7 de marzo de 2013, por la que se fija la fecha de aplicación de la Decisión 2007/533/JAI relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE del 27).
- Decisión del Consejo, de 7 de marzo de 2013, por la que se fija la fecha de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE del 27).
- Lista de autoridades competentes autorizadas a consultar directamente los datos integrados en el Sistema de Información de Schengen de segunda generación, con arreglo al artículo 31, apartado 8, del Reglamento (CE) n.º 1987/2006, y el artículo 46, apartado 8, de la Decisión 2007/533/JAI, relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (DOUE C, 103 de 9 de abril de 2013).
- Lista de las Oficinas N.SIS II y de los Servicios nacionales SIRENE (DOUE C, 103 de 9 de abril de 2013).

## EUROPA EN BREVE



### INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS<sup>(\*)</sup> (Selección)

#### CIRCULACIÓN MÁS RÁPIDA Y FLUIDA DE RESOLUCIONES JUDICIALES

El Consejo de la UE ha adoptado la revisión del Reglamento aplicable a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el denominado Reglamento Bruselas I. El texto revisado hará más fácil garantizar un reconocimiento y ejecución más fluidos de las resoluciones judiciales dictadas en otro Estado miembro. Supone un importante avance en materia de libre circulación de las resoluciones judiciales en el seno de la UE. En virtud de las nuevas disposiciones, una resolución judicial dictada en un Estado miembro será reconocida en otro sin procedimientos específicos previos. La introducción de formularios normalizados facilitará la ejecución de resoluciones judiciales de otro Estado miembro. El Reglamento incorpora asimismo otros cambios importantes en comparación con el actual Reglamento Bruselas I. Extiende las normas sobre competencia judicial a las relaciones entre consumidores y empresas en países no pertenecientes a la Unión Europea, brindando a unos y otras las mismas posibilidades para entablar procesos ante órganos jurisdiccionales nacionales cuando el demandado resida en el exterior de la UE. Propone suprimir el exequátur, que obliga a las empresas a seguir un largo y costoso procedimiento jurisdiccional para que las sentencias en materia civil y mercantil sean reconocidas en otro país de la UE. El Reglamento entrará en vigor cuando se publique en el DOUE en las próximas semanas y será de aplicación dos años más tarde.

*(10 de diciembre de 2012)*

---

(\*) Boletín elaborado por la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española en colaboración con la *Délégation des Barreaux de France* y la *Deutscher Anwaltverein*.

## PRESIDENCIA IRLANDESA DEL CONSEJO DE LA UE

Irlanda ha tomado el relevo semestral de presidencia del Consejo de la UE. Desde el pasado 1 de enero, Irlanda centra sus esfuerzos en la estabilidad, el empleo y el crecimiento a nivel europeo. Las prioridades de esta Presidencia se han basado en la agenda actual de la UE, de acuerdo a sus iniciativas legislativas. El programa de prioridades completo se hará público en los próximos días. Puede encontrar más información sobre esta presidencia rotatoria en su página web *ad hoc*: <<http://www.eu2013.ie/>> y en su cuenta twitter: <@eu2013ie>.

*(7 de enero de 2013)*

## AMPLIACIÓN DE RESTRICCIONES TEMPORALES IMPUESTAS A TRABAJADORES RUMANOS

La Comisión Europea ha aprobado la solicitud que presentó España el pasado mes de diciembre de 2012 para ampliar hasta el 31 de diciembre de 2013 las restricciones temporales al acceso de los trabajadores rumanos al mercado laboral español, debido a la grave perturbación que afecta a este último. Estas restricciones no pueden prolongarse más allá del final de 2013, dado que a partir del 1 de enero de 2014 todos los Estados miembros deben poner fin a las restricciones temporales a la libre circulación de los trabajadores de Bulgaria y Rumanía. La Decisión de la Comisión se basa en una cláusula de salvaguardia específica que figura en el Tratado de Adhesión de Bulgaria y Rumanía de 2005. Dicha cláusula permite a los Estados miembros que hayan levantado las restricciones volver a introducirlas si se producen graves perturbaciones en sus mercados laborales. España abrió su mercado laboral a los trabajadores en 2009, pero en agosto de 2011 la Comisión la autorizó a restringir temporalmente la libre circulación de los trabajadores rumanos hasta el 31 de diciembre de 2012.

*(7 de enero de 2013)*

## INAUGURADO EL CENTRO EUROPEO DE CIBERDELINCUENCIA (EC3)

Cecilia Malmström, comisaria de la UE para Asuntos de Interior, ha participado en la reciente inauguración oficial del Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3), con sede en la Oficina Europea de Policía, Europol, en La Haya (Países Bajos). El nuevo Centro contribuirá a proteger a las empresas y a los ciudadanos europeos frente a la ciberdelincuencia. Las investigaciones sobre los fraudes en línea y sobre los abusos de menores en línea y otros delitos informáticos afectan con frecuencia a cientos de víctimas simultáneamente e implican a sospechosos en diversas partes del mundo. Las operaciones de esta magnitud no pueden llevarse a buen término con la única participación de los efectivos de las policías nacionales. La apertura del Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) constituye un cambio importante en la forma en que la UE ha abordado la ciberdelincuencia hasta la fecha. Por encima de todo, el planteamiento del EC3 tendrá más visión de futuro y será más integrador. Se pondrán en común los conocimientos técnicos

y la información, se prestará apoyo a las investigaciones criminales y se fomentarán las soluciones a escala de la UE. La actividad del EC3 se centrará en las actividades ilegales en línea de las bandas de delincuencia organizada, especialmente en los ataques dirigidos contra las operaciones bancarias y otras actividades financieras en línea, la explotación sexual infantil en línea y los delitos que afecten a las infraestructuras críticas y a los sistemas de información en la UE.

*(14 de enero de 2013)*

#### ESTUDIO INDEPENDIENTE SOBRE LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS

CCBE ha aprobado la publicación de un estudio independiente sobre la evaluación de la importancia económica del sector de servicios jurídicos en la Unión Europea, hecho por encargo del propio CCBE a un experto independiente, el Dr. George Yarrow, Director del «Instituto de Política Regulatoria» de Reino Unido. El estudio llega a la conclusión de que las instituciones y normas de un sistema jurídico condicionan y determinan el rendimiento económico de un país. Las instituciones que son estables y creíbles facilitan el desarrollo económico y elevan los niveles de actividad económica. Los abogados contribuyen activamente, a través de sus acciones cotidianas y de su conducta, tanto a la configuración del sistema jurídico como a la eficacia con la que opera y a sus funciones. El estudio evidencia la importante relación entre los servicios jurídicos de las instituciones y el rendimiento económico que se deriva de la relevante función que desempeñan los servicios de los abogados para facilitar y sostener los mercados y su crecimiento más allá del mercado de servicios jurídicos en sí mismo. La actividad principal del sector profesional de servicios jurídicos tiende a expandir el desarrollo del mercado en toda la economía y por lo tanto está estrechamente ligada a la evolución económica y al crecimiento. El estudio se encuentra disponible en la web de CCBE en inglés: <[http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/RPI\\_study\\_Yarrow\\_D1\\_1348650358.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/RPI_study_Yarrow_D1_1348650358.pdf)>.

*(21 de enero de 2013)*

#### NUEVO PERMISO DE CONDUCCIÓN EUROPEO

La Comisión Europea se ha hecho eco de la entrada en vigor de la tercera Directiva sobre el Permiso de Conducción el pasado 19 de enero. A partir de ahora todos los nuevos permisos de conducción expedidos en la UE tendrán la forma de una «tarjeta de crédito» de plástico, con un formato europeo estándar y una mayor protección de la seguridad. El nuevo permiso europeo sustituirá progresivamente a los más de 100 modelos diferentes de papel y de plástico que utilizan en la actualidad más de 300 millones de conductores en toda la UE. Esta es una de las medidas que aprueba la mencionada Directiva, que tiene como objetivo reforzar la libre circulación, luchar contra el fraude de los permisos y mejorar la seguridad vial en el conjunto de la UE. Los permisos existentes no se ven afectados, pero se sustituirán por el nuevo formato en el momento de la renovación, o a más tardar en 2033.

El permiso de conducción europeo puede adaptarse para incorporar símbolos nacionales, tal y como decida cada Estado miembro. Se trata de una renovación administrativa, que no precisa ninguna prueba adicional. De esta manera se garantiza que la información, las fotografías, etc., se mantengan actualizadas, que puedan actualizarse periódicamente las medidas de seguridad de las tarjetas en función de la evolución tecnológica y que los Estados miembros dispongan de información constantemente actualizada sobre los permisos en circulación.

*(21 de enero de 2013)*

### CIUDADANÍA EUROPEA: AUMENTA LA CONCIENCIA DE LOS DERECHOS QUE GARANTIZA LA UE

La Comisión Europea ha hecho pública una nueva encuesta del Eurobarómetro sobre la ciudadanía europea, a la que se dedica el Año Europeo 2013. Transcurridos 20 años desde su creación, los ciudadanos europeos son globalmente conscientes de sus derechos, pero no siempre saben lo que estos implican. El 81% de los encuestados sabe que, además de ciudadanos de su propio país, lo son de la UE. Sin embargo, solo el 36% se considera bien informado sobre los derechos que la ciudadanía de la UE le confiere. Los derechos con los que más familiarizados están los europeos son el de libre circulación (88%) y el de petición ante las instituciones de la UE (89%). La encuesta coincide con la celebración de una audiencia conjunta del Parlamento Europeo y la Comisión Europea para debatir los derechos de los ciudadanos europeos. Los debates aportan ideas con vistas al nuevo Informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la UE, que se propone examinar los obstáculos con que se enfrentan los ciudadanos de la UE a la hora de ejercer sus derechos. El Informe, cuya publicación está prevista el 8 de mayo, expondrá una serie de iniciativas orientadas a hacer realidad esos derechos. Da seguimiento asimismo a las 25 acciones anunciadas en el primer Informe sobre la ciudadanía de la UE, presentado en 2010, y hace balance de los obstáculos para los ciudadanos de la UE que han sido eliminados durante los 3 últimos años.

*(18 de febrero de 2013)*

### NUEVA INICIATIVA PARA COMBATIR LA TRATA DE SERES HUMANOS EN LAS FRONTERAS DE LA UE

La Unión Europea ha lanzado un nuevo proyecto para combatir el crimen organizado y la trata de seres humanos en países como Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Moldavia y Turquía, con un presupuesto de 1,5 millones de euros. Este programa piloto innovador ayudará a estos países a estar mejor preparados para afrontar la trata de seres humanos, mediante el intercambio de información y mejores prácticas en países y regiones, así como la provisión de formación para la aplicación de la ley y la asistencia y protección a las víctimas. Al mismo tiempo el proyecto promoverá la cooperación regional sobre este tema, que resulta esencial para detener el tráfico de seres humanos y las graves violaciones de derechos

humanos que conlleva. Esta forma de delincuencia transfronteriza resulta particularmente lucrativa y afecta a millones de mujeres, niños y hombres para distintos propósitos como la explotación sexual, trabajos forzados e incluso la extracción de órganos. Para más información: <<http://ec.europa.eu/anti-trafficking/index>>.

*(18 de febrero de 2013)*

#### «FRONTERAS INTELIGENTES»: MAYOR MOVILIDAD Y SEGURIDAD

La Comisión Europea ha propuesto un «paquete de fronteras inteligentes» para acelerar, facilitar y reforzar los procedimientos de inspección fronteriza de los extranjeros que viajan a la UE. El paquete consta de un Programa de Registro de Viajeros (RTP) y un Sistema de Entradas/Salidas (EES), que simplificará la vida de los viajeros frecuentes de terceros países en las fronteras exteriores del espacio Schengen y mejorará la seguridad de las fronteras de la UE. La UE se dirige hacia una gestión de fronteras más moderna y eficaz empleando tecnología de vanguardia. *«La utilización de las nuevas tecnologías permitirá facilitar y acelerar el cruce de fronteras a los ciudadanos de terceros países que deseen venir a la UE. Nuestro objetivo es facilitar el acceso de los viajeros extranjeros a la UE. Esto no interesa solo a los viajeros, sino también a la economía europea. Se ha calculado que, solo en 2011, los viajeros extranjeros contribuyeron con 271.000 millones de euros a nuestra economía. La modernización de nuestros sistemas también redundará en un mayor nivel de seguridad mediante la prevención del cruce ilegal de fronteras y la detección de quienes superen el plazo de estancia autorizado»*, declaró Cecilia Malmström, Comisaria de Asuntos de Interior de la UE.

*(4 de marzo de 2013)*

#### CONFERENCIA ANUAL SOBRE DERECHO EUROPEO DE INMIGRACIÓN

ERA, la Academia de Derecho Europeo, organiza los días 13 y 14 de mayo en Tréveris (Alemania) su Conferencia Anual sobre derecho europeo de inmigración. Ésta tiene como objetivo mantener informados a los abogados de extranjería, jueces y funcionarios públicos, proporcionándoles una visión general de los últimos acontecimientos políticos, la iniciativa legislativa y la jurisprudencia en la materia. Se prestará especial atención a la Directiva de Retorno y los desafíos que plantea su transposición. El evento también ofrecerá a los participantes una actualización sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Esta conferencia está dirigida a los abogados especializados, a los jueces y los funcionarios públicos que trabajan en la aplicación de la Directiva en los Estados miembros. El idioma de la conferencia será el inglés.

*(8 de abril de 2013)*

EL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE SCHENGEN  
(SIS II) EMPIEZA A FUNCIONAR

El Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II) ha entrado en funcionamiento, a fin de aumentar la seguridad y facilitar la libre circulación en el espacio Schengen. El SIS II hace más sencillo el intercambio de información entre las autoridades de control de las fronteras nacionales, las autoridades aduaneras y las autoridades policiales sobre las personas que podrían haber participado en un delito grave. También incluye descripciones de personas desaparecidas, especialmente de niños, e información sobre determinados bienes, tales como billetes de banco, automóviles, camionetas, armas de fuego y documentos de identidad robados, sustraídos o extraviados. El SIS II contendrá también copias de las órdenes de detención europeas (ODE) acopladas directamente a las descripciones de las personas buscadas para su detención, entrega o extradición, facilitando y agilizando así que las autoridades competentes velen por su necesario seguimiento. El SIS II garantiza una gran protección de los datos. El acceso al SIS II se limita a las autoridades de control de las fronteras nacionales, policiales, aduaneras, judiciales, de visados y de matriculación de vehículos. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos que estén relacionados con ella y figuren en el SIS II, y también puede pedir a la autoridad competente que corrija o suprima sus datos personales. Todos pueden también interponer un recurso ante un tribunal para acceder a la información, corregirla, suprimirla u obtenerla, o para conseguir una indemnización en relación con una descripción que se refiera a ellos. Las autoridades nacionales de control y el Supervisor Europeo de Protección de Datos cooperarán activamente y velarán por una supervisión coordinada del SIS II.

*(8 de abril de 2013)*

Revista de

# Derecho migratorio y extranjería

-----  
**ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS**  
-----



# I. INMIGRACIÓN Y GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN PORTUGAL<sup>(\*)</sup>

MERCEDES VIDAL GALLARDO

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad de Valladolid*

## RESUMEN

### **Inmigración y gestión de la diversidad en Portugal**

Lo que pretendemos con este estudio es poner de manifiesto cuales son las medidas jurídicas y políticas adoptadas para la gestión de los derechos de la población inmigrante en Portugal en diversos ámbitos de actuación. En otras palabras, analizar los instrumentos que han articulado los poderes públicos portugueses con el fin de facilitar la incorporación de estos colectivos a la vida política, económica, social y cultural del país de acogida. Para ello, tenemos que conocer, en primer lugar, de qué ciudadanos estamos hablando y cuáles son sus rasgos de identidad, es decir, cual es la composición de la población inmigrante en Portugal, su evolución, principalmente en la última década, así como el marco jurídico en el que se lleva a cabo la gestión de la diversidad en este país. A partir de estos presupuestos, que nos van a proporcionar un conocimiento del campo de estudio, vamos a tratar de los distintos instrumentos jurídicos orientados a conseguir este objetivo y la puesta en práctica de medidas concretas que posibilitan su realización.

**Palabras clave:** Inmigración, gestión de la diversidad, interculturalidad, integración de inmigrantes.

## ABSTRACT

### **Immigration and managing diversity in Portugal**

The purpose of this work is to show the legal and political measures adopted in the management of the rights in different areas affecting the immigrant population in Portugal, which means to examine the measures that have been taken by the Portuguese government in order to facilitate the incorporation of these groups in the political, economical, social and cultural life of the host country. The first aspect to be considered is the type of immigrant population, its identity features and its evolution, mainly in the last decade, as well as the legal framework which enables the management of diversity in this country. From these assumptions, which provide us knowledge of the subject, we are going to deal with the different legal resources aimed at achieving this goal and the implementation of specific measures to enable its fulfilment.

**Key words:** Immigration, managing diversity, interculturality, integration of the immigrants.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. PERFILES DE IDENTIDAD DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE.

---

(\*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D «Instrumentos jurídicos de integración de la diversidad», DER2009-06965 (subprograma JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

III. PREVISIONES NORMATIVAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN.

1. **Ciudadanía y nacionalidad.**
2. **No discriminación e integración.**

IV. PREVISIONES INSTITUCIONALES EN MATERIA DE INMIGRACIÓN.

V. DIRECTRICES PARA LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN PORTUGAL.

VI. DIFERENTES ESFERAS DE ACTUACIÓN.

1. **Participación política.**
2. **Reagrupamiento familiar.**
3. **Mercado de trabajo.**
4. **Sistema sanitario público.**
5. **Sistema educativo.**

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

-----

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día el fenómeno social, económico, político y cultural que representa la inmigración se ha convertido en un tema de especial interés, no sólo para el ciudadano de a pie, sino también y, sobre todo, para el estudioso del mismo, en sus diversas facetas y dimensiones, incluida la jurídica. Aunque no se trata de un fenómeno nuevo, la era de la globalización ha aportado una impronta diferente a este tema y ello ha dado lugar a que el sistema migratorio europeo haya experimentado notables cambios a lo largo del último siglo. Las transformaciones económicas y sociales, junto a la liberalización de las políticas fronterizas, han influido notablemente en el aumento de la movilidad geográfica que representa esta realidad.

Estos cambios coincidieron con la transformación experimentada en Portugal, que pasó de ser un país con una larga tradición de emigración, a convertirse en un país receptor de población inmigrante y es en este nuevo contexto en el que se produce la llegada de estos colectivos a una escala no conocida anteriormente. Portugal, en consecuencia, se encuadra dentro de los países de la Comunidad Europea que sigue siendo receptor de inmigrantes. Sin embargo, se observan importantes diferencias entre estos nuevos flujos migratorios y los del pasado. Así, en la década de los años noventa, los inmigrantes llegaban con mayor intensidad a países como España, Portugal o Italia, países que tras la postguerra eran los principales emisores de emigrantes. No obstante, en los últimos años, han cambiado radicalmente las condiciones del contexto en que se están produciendo las nuevas llegadas de inmigrantes a estos países. En una tesitura como la actual, con tasas de desempleo elevadas, y en una situación de crisis económica preocupante, los autóctonos empiezan a tener la sensación de que los extranjeros están desempeñando trabajos que podrían ser realizados por la población nacional desempleada, así como de convertirse en uno de los elementos que han agravado la crisis del Estado del Bienestar y han aumentado la inseguridad ciudadana.

## I. INMIGRACIÓN Y GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN PORTUGAL

---

Ante este clima de hostilidad hacia el inmigrante, es evidente que el Estado ha de adoptar una serie de medidas ordenadas a gestionar la diversidad que representa estos colectivos a partir de la consideración del extranjero como un ciudadano, titular de unos derechos irrenunciables y no como un mero trabajador que aporta la necesaria mano de obra que ha permitido, en épocas muy recientes, el crecimiento económico de los países comunitarios que lo acogía, pero que ahora puede llegar a ser considerado como una auténtica «carga» para su «maltrecha economía».

## II. PERFILES DE IDENTIDAD DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE

La creación de una comunidad de extranjeros en Portugal está directamente relacionada con el proceso de descolonización y con la independencia política de las antiguas colonias portuguesas en África. El Decreto-Ley núm. 308-A/75, de 24 de julio de 1975, retira el acceso a la nacionalidad portuguesa a una buena parte de nacionales de los países africanos de lengua oficial portuguesa (PALOP)<sup>(1)</sup>, lo que crea, de forma retroactiva, una comunidad extranjera de origen africano y residente en Portugal<sup>(2)</sup>.

Así las cosas, durante siglos Portugal ha sido un país de emigración, que ha visto cómo una gran parte de su población sale, a modo de diáspora, hacia otros países<sup>(3)</sup>. Sin embargo, desde los años 60 y, particularmente, a partir de 1974, Portugal comienza a recibir inmigrantes de países del PALOP, con especial relevancia numérica la población procedente de Cabo Verde. Durante la década de los ochenta, desde la adhesión de Portugal a la Unión Europea, este proceso aumenta exponencialmente, diversificándose los flujos de entrada debido, en gran medida, a la llegada de mano de obra inmigrante de Brasil y de otros países como Angola y Guinea-Bissau. La última década del siglo xx se caracterizó por la consolidación y el crecimiento de la población inmigrante residente en Portugal, destacando sobremanera las comunidades de los países del PALOP y Brasil, junto a la aparición de una nueva inmigración procedente de los países de Europa del Este y de la antigua URSS, mientras que los grupos procedentes de Asia son menos numerosos. Sin embargo, es importante tener en cuenta el reciente crecimiento de población china, pakistaní, india y bengalí. También se produce la llegada de ciudadanos de algunos países del continente africano, aunque se trata de un número reducido. Por eso, debido a unos condicionantes económicos, sociales y políticos favorables, que propiciaron la llegada de estos flujos

---

(1) Los países africanos de lengua oficial portuguesa, conocidos por el acrónimo de PALOP, es un grupo constituido por seis países africanos lusófonos formados en 1996, de los cuales cinco fueron colonias portuguesas (Angola, Cabo Verde, Guinea-Bissau, Mozambique y Santo Tomás y Príncipe) y el otro, Guinea Ecuatorial, en el año 2007 adoptó el portugués como lengua oficial.

(2) BAGANHA. M.I., «Política de imigração: A regulação dos fluxos», en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2005, Universidades de Coimbra, p. 31.

(3) Portugal cuenta con una experiencia migratoria a Europa durante la etapa comprendida entre finales de la década de los cincuenta y la década de los sesenta y su conversión en país de inmigración tiene lugar a comienzos de la década de los noventa. Vid. ESTEVES. M., *Portugal, País de Imigração*, Lisboa, 1991, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento. Pero en el caso portugués, el flujo migratorio se ha mantenido vivo hasta la actualidad. Vid. BAGANHA. M. I., y PEIXOTO. J., «Trends in 90's: The Portuguese migratory experience», en *Immigration in Southern Europe*. Oeiras. Celta Editora, pp. 24 y ss.

migratorios a principios del siglo XXI, Portugal pasó a ser considerado no sólo un país de emigración, sino también de inmigración<sup>(4)</sup>.

En el año 2010, de acuerdo con los datos proporcionados por el Ministerio de Administración Interna, residen legalmente en Portugal 451.191 extranjeros<sup>(5)</sup>, cifra que representa un 4,1% de la población residente en el territorio nacional<sup>(6)</sup>, lo que confirma el incremento sostenido de esta población desde el año 2003, con excepción del año 2005, en que se produjo un ligero descenso<sup>(7)</sup>. Sin embargo, entre los años 2011 y 2012 se ha producido un descenso considerable de la presencia de población extranjera en Portugal, no sólo como consecuencia de la recesión económica experimentada en este país durante este período, sino también por el incremento del número de ciudadanos que han podido adquirir la nacionalidad al reunir los requisitos establecidos por la Ley núm. 2/2006, de 17 de abril<sup>(8)</sup> y, en consecuencia, perder la condición de extranjero.

Si analizamos de forma pormenorizada estos datos, atendiendo a los certificados de nacionalidad emitidos en el año 2011, podemos apreciar la presencia de diversas nacionalidades en el territorio portugués. Mayoritariamente se trata de extranjeros procedentes de países lusófonos, tal y como se advierte de la presencia de brasileños, que representan un 21,2% del total, caboverdianos un 15,6%, angoleños un 11,7% y bissauguineanos con un 7,6% de presencia. A este grupo le siguen numéricamente los nacionales de Europa del este, como sucede con los ucranianos, la segunda nacionalidad más destacable, 12,8%, así como los rumanos, 7% y, finalmente, los moldavos, que representan el 5% del total<sup>(9)</sup>. La población extranjera con esta procedencia congrega prácticamente el 75% de inmigrantes en Portugal. En definitiva, nos encontramos con una concentración de inmigrantes de

---

(4) FONSECA. M. L., «Inmigração, diversidade e novas paisagens étnicas e culturais», en LAGES. M. y MATOS. A.T. (coord.), *Portugal, percursos de interculturalidade*. Lisboa, 2009, Alto Comissário para a Imigração e o Diálogo Intercultural (ACIDI) e pelo Centro de Estudos dos Povos e Culturas de Expressão Portuguesa (CEPCEP), pp. 50 y ss.

(5) Se consideran extranjeros residentes a los extranjeros inmigrantes con permanencia regular de larga duración en el país. En otras palabras, inmigrantes que cuentan con permiso de residencia, de una prórroga de autorización de permanencia o bien de una prórroga de permanencia de larga duración.

(6) Si consideramos la evolución del peso de los residentes extranjeros sobre el conjunto de la población, vemos que en el período comprendido entre 1993 y 1992 se sitúa en torno al 1%. En un segundo período, entre 1993 y 2003, ronda el 4%. Y, finalmente, en una tercera etapa, desde 2004 a 2009, el crecimiento exponencial de la inmigración se estabiliza, llegando al 4,1%. Este dato viene a corroborar el estancamiento del peso de la extranjería sobre el conjunto de la población en Portugal desde comienzos del siglo XXI. Un factor determinante de este estancamiento, como apuntan algunos autores, «responde a que la economía portuguesa crece por encima de la media de la Unión Europea durante la década de los noventa y que, sin embargo, sufre un estancamiento en el crecimiento económico desde el año 2001 hasta la actualidad. En definitiva, la crisis económica mundial, en el caso portugués, se suma a la propia crisis interna de la economía lusa», FERNÁNDEZ SUÁREZ, B., «Políticas migratorias comparadas en el sur de Europa: lecciones cruzadas entre España y Portugal», en *Estudios de Progreso. Fundación Alternativas*, núm. 54, 2010, p. 14.

(7) Según el *Informe de Actividades del Serviço de Estrangeiros e Fronteiras* (SEF), la población inmigrante con residencia legal en Portugal registró un descenso, en el año 2005, que la situó en el 3,7%.

(8) Vid. Informe del SEF 2012.

(9) Datos obtenidos a partir de la información sobre el número de permisos de residencia suministrada por el *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2011*, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras y Ministerio da Administração Interna, Portugal. Vid. MALHEIROS, J. y ESTEVES, A. (coord.), *Diagnóstico da Situação da população imigrante em Portugal: características, problemas e potencialidades*, Alto Comissariado para a imigração e diálogo intercultural, Lisboa, 2012, p. 17.

países de lengua portuguesa y con una llegada de nuevos flujos de países de la Europa del Este, no comunitarios, como Ucrania y Moldavia, y comunitarios, como Rumanía.

Otra característica de la inmigración contemporánea en Portugal es la elevada presencia de inmigrantes indocumentados. De la misma forma que sucede en España, Italia o Grecia, la irregularidad forma parte del proceso migratorio de muchos inmigrantes y de sus descendientes que se asientan en Portugal<sup>(10)</sup>. Hoy en día es muy difícil cuantificar el número de extranjeros indocumentados que viven en Portugal pero, según las estimaciones de varias instituciones, se considera que puede haber más de una decena de miles de inmigrantes ilegales, principalmente procedentes de Brasil<sup>(11)</sup>.

Por lo que se refiere a la distribución de la población extranjera a lo largo del territorio luso, los datos revelan que se produce una gran asimetría, pues la mayor parte de estos colectivos se han venido asentando, tradicionalmente, en la franja costera del país, particularmente en los distritos de Lisboa, Faro, Setúbal y Oporto. Sin embargo, a partir del año 2000, esta tendencia tiene un nuevo patrón de distribución espacial, ubicándose los extranjeros que llegan a Portugal en torno a las zonas rurales o peri-urbanas<sup>(12)</sup>, cambio que responde, principalmente, a los nuevos trabajos desempeñados por éstos<sup>(13)</sup>.

Completando el ámbito de estudio de la población inmigrante en Portugal, podemos constatar que dentro de este colectivo ha predominado siempre la inmigración masculina, aunque en los últimos años esta tendencia se ha ido mitigando a través de la figura de la reunificación familiar. Hay que tener en cuenta que, después de algunas oscilaciones en la mitad de la década, la proporción de nacimientos procedentes de madres europeas representaba el 2,8% del total de nacimientos habidos en el año 2010, como consecuencia del proceso de reagrupamiento familiar de los ciudadanos de Europa del Este (OCDE, 2012)<sup>(14)</sup>. Llegado este año, del número de inmigrantes con residencia legal en este país en torno al 55% eran hombres, frente al 45% de mujeres. La igualdad de presencia de sexos,

---

(10) Desde la década de 1990 hubo cinco campañas de regularización en Portugal: dos campañas de regularización extraordinaria (1992/1993 y 1996), basadas en los certificados de residencia. Entre enero y noviembre de 2001 hubo una campaña a partir de los contratos de trabajo, y en 2003 la regularización se centró en la comunidad brasileña y tuvo lugar a partir del convenio especial firmado entre Portugal y Brasil. Finalmente, en 2004 hubo otra campaña que se llevó a cabo entre abril y junio de este año sobre la base de contratos de empleo anteriores al 12 de marzo de 2003 y las contribuciones de los trabajadores al Estado portugués.

(11) FONSECA. M. L. y GORACCI. M., *Mapa de Boas Práticas. Alcolhimento e Integração de Imigrantes em Portugal*, Lisboa, 2007, Organização Internacional das Migrações e Alto Comissariado para a Imigração e o Diálogo Intercultural, p. 35 y ss.

(12) Varios estudios ponen de manifiesto que los ciudadanos que disfrutaban de peores condiciones en sus viviendas, viven hacinados, en tiendas de campaña u otras viviendas inhabitables, son los extranjeros que presentan un riesgo mayor de pobreza y exclusión social. Vid. MALHEIROS, J. y MENDES, M., (Coord.). *Espaços e Expressões de Conflito a Tenção entre Autóctonos, Minorias Migrantes e Nao Migrantes na Área Metropolitana de Lisboa*, Coleção Estudos do Observatório da Imigração 22, Lisboa, ACIDI, I.P., pp. 12 y ss; FONSECA. M. L. et al., *Imigrantes in Lisbon: routes of integration*, Estudos para o Planeamento Regional e Urbano, 56, Lisboa: Centro de Estudos Geográficos, pp. 63 y ss.

(13) Un estudio detallado de la distribución de los trabajadores extranjeros por cuenta ajena en las distintas ramas de actividad nos lo ofrece MALHEIROS, J. y ESTEVES, A., (coord.), *Diagnóstico da Situação da população migrante em Portugal...*, op. cit., p. 25 y ss.

(14) Vid. Informe de la OCDE —Organisation for Economic Co-operation and Development—, año 2012.

como podemos comprobar, se está cumpliendo cada vez en mayor medida<sup>(15)</sup>. Además, estos grupos de extranjeros presentan una estructura clásica, dominada por los jóvenes en edad de trabajar. La población entre 20 y 39 años representa el 50% del total de inmigrantes. Y el 25% del peso total corresponde a los extranjeros en edades comprendidas entre los 40 y 60 años. Mientras que el índice de personas menores de edad supone el 25%, cifra significativa que ha crecido especialmente en los últimos años debido a la reunificación familiar antes apuntada<sup>(16)</sup>.

De acuerdo con la información suministrada por el Ministerio de Solidaridad y Seguridad Social (MCIA), en el año 2009 el índice de trabajadores extranjeros representaba el 5,3% del total de trabajadores por cuenta ajena incluidos en esta fuente estadística<sup>(17)</sup>, si bien en el mercado de trabajo, al igual que en otras esferas de la vida de los extranjeros, la adquisición de la nacionalidad portuguesa puede explicar, en parte, la disminución del personal registrado porque a partir de ese momento es considerado trabajador portugués. Además, se aprecia un ligero descenso respecto del año anterior de los trabajadores por cuenta propia registrados debido a la contracción del mercado de trabajo y al aumento del desempleo en los sectores donde la presencia de inmigrantes es especialmente significativa, como sucede en el caso de la construcción (OCDE, 2012).

Para finalizar esta aproximación al estudio de la población inmigrante en Portugal, no podemos pasar por alto el nivel de formación de este colectivo. En este sentido resulta interesante conocer cómo el número de inmigrantes matriculados en instituciones de educación superior en Portugal ha mostrado una tendencia creciente desde el año 2000/2001, con cerca de 12.000 estudiantes, hasta el curso escolar 2010/2011, en el que se alcanza la cifra de 22.000<sup>(18)</sup>. En cuanto a las nacionalidades más comunes entre los estudiantes

---

(15) MARTINS TAVARES. J., *Migrantia: Caracterização da Imigração em Portugal*, Relatório de estágio no âmbito do Mestrado em Sociologia, sob orientação do Professor Doutor Hermes Costa, apresentado à Faculdade de Economia de Coimbra, 2010, pp. 27-29.

(16) FONSECA. M. L., SILVA. S. et al., *Relatório sobre o Estado da Arte em Portugal*. Centro de Geografia. Centro de Estudos Geográficos. Universidad de Lisboa, 2009, pp. 8 y ss. El estudio pone de manifiesto que «el porcentaje de ancianos, considerando por tales las personas que cuentan con más de 65 años, es menor que la población nativa, lo que representa un 4% del colectivo de residentes extranjeros documentados», *ibidem*, p. 8.

(17) La procedencia de estos trabajadores extranjeros se distribuye según las siguientes cifras: brasileños, 27,9%, ciudadanos del PALOP 24,4%, nacionales de la Unión Europea 15,7%. Entre las nacionalidades no europeas agrupadas, ucranianos tienen un peso considerable y representan el 12,1%. La distribución de los trabajadores extranjeros por cuenta ajena en las distintas ramas de actividad es muy desigual. En el caso de ciudadanos brasileños existe una importante presencia en el sector de la hostelería, 25,5%, y el comercio al por mayor y al por menor, 14,1%, donde el dominio del idioma portugués es muy importante para comunicarse con los clientes. También trabajan en el llamado 3D «*dangerous, dirty e demanding*» (peligroso, sucio y exigente), es decir, la construcción, 20,5%, y los servicios de apoyo que incluyen limpieza, 13,85%. Por su parte, los trabajadores del PALOP muestran una mayor concentración en dos áreas de actividad: servicios de apoyo, 39,15%, y construcción, 20,68%. Los procedentes del continente asiático se dedican mayoritariamente al comercio, 38,6%, así como al sector de la hostelería, 29,2%. Los ciudadanos de Europa del Este, principalmente de Ucrania, Moldavia y Rusia, además de la construcción, se dedican en un alto porcentaje a la fabricación y extracción de minerales. Fuente: MSSS, Cuadros de Personal, 2009. Vid. MALHEIROS, J. y ESTEVES, A., (coord.), *Diagnóstico da Situação da população imigrante em Portugal...*, op. cit., pp. 25-27.

(18) No obstante, los cursos 2003/2004 y 2008/2009, presentaron dos excepciones a esta evolución positiva. Un estudio detallado de esta materia se encuentra en FONSECA, M. L. y HORTAS, M. J., «International students in Portugal», en *Canadian Diversity*, vol. 8, 2011, pp. 98-104. <[http://canada.metropolis.net/pdfs/cdn\\_diversity\\_mobilestudnt.pdf](http://canada.metropolis.net/pdfs/cdn_diversity_mobilestudnt.pdf)>.

## I. INMIGRACIÓN Y GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN PORTUGAL

---

extranjeros en estas instituciones educativas, el grupo más numeroso es el de los estudiantes de habla portuguesa, congregando en el año académico 2010/2011 aproximadamente el 63%. De estos estudiantes, los nacionales de los países del PALOP muestran una tendencia decreciente durante los últimos años, tras alcanzar el máximo durante el curso 2006/2007, cuando representaba el 62,5% del total de estudiantes<sup>(19)</sup>, mientras que el peso relativo de los brasileños ha experimentado un incremento notable en la última década, pasando del 10,8% en el curso 2000/2001 al 24,4% en el último año, según los datos disponibles<sup>(20)</sup>. Finalmente, la proporción de estudiantes de la Unión Europea en las universidades portuguesas ha registrado cambios, pero muestra un crecimiento continuo en los últimos años académicos. Los orígenes geográficos principales son España, Italia, Francia y Alemania, y desde los cursos 2006/2007 también los estudiantes rumanos y polacos. Esta tendencia positiva también es evidente entre los estudiantes de nacionalidad ucraniana, moldavos y rusos descendientes de inmigrantes de Europa del Este que llegaron a Portugal a finales de la década de los noventa y ahora se han establecido en este país en virtud del proceso de reunificación familiar<sup>(21)</sup>.

### III. PREVISIONES NORMATIVAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

Son muy variadas las disposiciones legislativas dictadas en Portugal en materia de inmigración. Para su estudio, hemos optado por una exposición sistemática que agrupa estas normas en dos grandes bloques temáticos. El primero de ellos contiene las disposiciones que de manera más o menos directa afectan a la ciudadanía y la nacionalidad portuguesa, así como los derechos que se derivan de ellas y, en segundo término, haremos referencia a las normas sobre integración y no discriminación.

#### 1. Ciudadanía y nacionalidad

En los últimos años, Portugal ha experimentado importantes cambios en la política de inmigración, dotándose de un marco jurídico orientado a la acogida e integración de los inmigrantes en los diversos ámbitos de la sociedad portuguesa. Por lo que se refiere a la ciudadanía política, la Ley 50/96, de 4 de septiembre, en cuya virtud se introducen importantes modificaciones en la Ley electoral, permite el ejercicio del derecho de voto y de elegibilidad a los extranjeros bajo determinadas condiciones. Reconoce a los ciudadanos nacionales de países de la Unión Europea, a los residentes con permanencia de al menos

---

(19) El número creciente de universidades y otras instituciones de educación superior en los países africanos de habla portuguesa puede explicar, en parte, la reducción en el número de estudiantes del PALOP que acuden a Portugal para llevar a cabo sus estudios. Ver informe de la OCDE, 2012.

(20) Los estudiantes de origen brasileño han representado en el curso 2010/2011 aproximadamente la cuarta parte de los estudiantes extranjeros en Portugal debido al crecimiento de la economía brasileña, junto con la asignación de un considerable número de becas para maestros y doctorandos en el marco del *Programa de Ciencia sin fronteras*, promovido por el gobierno Brasileño. Esto también ha facilitado la llegada a Portugal de aquellos estudiantes para quienes la proximidad lingüística también puede ser un factor relevante. <[http://www.campusmilenio.com.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=723:ciencia-sin-fronteras-en-brasil&catid=39](http://www.campusmilenio.com.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=723:ciencia-sin-fronteras-en-brasil&catid=39)>.

(21) Fuente: Encuesta sobre el registro de estudiantes matriculados y graduados de la educación superior, cursos 2000/2001-2010(2011), MEC, <<http://www.gpeari.mctes.pt/es>>.

dos años precedentes del PALOP, así como a otros extranjeros con residencia legal durante al menos tres años, el derecho al voto en las elecciones locales. También pueden ser elegidos para órganos representativos locales, exigiendo, en el caso de ciudadanos procedentes del PALOP, cuatro años de residencia legal en Portugal y cinco años para los demás extranjeros. Pero es necesario poner de manifiesto que tanto el derecho de sufragio activo como pasivo es reconocido bajo el principio de reciprocidad<sup>(22)</sup>.

Algunos ejemplos de los cambios cualitativos que tienen lugar en Portugal en materia de inmigración vienen de la mano de la Ley de Nacionalidad, Ley Orgánica 2/2006, de 17 de abril<sup>(23)</sup>, así como la Ley del Régimen Jurídico de entrada, permanencia, salida y expulsión de los extranjeros del territorio nacional, denominada comúnmente Ley de extranjería, Ley 23/2007, de 3 de mayo. Estas dos normas van a ser complementadas por la aprobación de dos Planes para la Integración de los Inmigrantes aprobados en 2007<sup>(24)</sup> y 2010<sup>(25)</sup>, respectivamente. Estos instrumentos, como se pone de manifiesto en el Informe del Servicio de Extranjeros y Fronteras (SEF) del año 2007, «vienen a estructurar la actual política nacional de inmigración en torno a cuatro áreas principales: a) regulación de la inmigración, b) promoción de la inmigración legal, c) lucha contra la inmigración ilegal y d) integración de los inmigrantes»<sup>(26)</sup>.

Comenzando por la primera de las normas mencionadas, la nueva Ley de Nacionalidad de 2006 ha introducido notables cambios en las condiciones previas para la asignación y adquisición de la nacionalidad portuguesa, definidas por la Ley núm. 37/81, de 3 de octubre. Entre estos cambios, destaca el refuerzo del principio del *ius soli*, facilitando el acceso a la ciudadanía portuguesa a muchos descendientes de inmigrantes nacidos en Portugal<sup>(27)</sup>. Bajo esta nueva Ley, se atribuye la nacionalidad portuguesa a través de dos procesos: nacionalidad de origen y nacionalidad adquirida, bien por voluntad propia, por adopción o por naturalización<sup>(28)</sup>.

---

(22) BAGANHA. M. I. y MARQUES. J. C. (coord.), *Imigração e Política. O caso Portuges*. Lisboa, 2001, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, pp. 31-35.

(23) Fecha de entrada en vigor de la Ley, 15 de diciembre de 2006.

(24) Resolução do Conselho de Ministros núm. 63-A/2007. Diário da República 1.ª série – N.º 85 – 3 de Maio de 2007, pp. 2964(2)-2964(23).

(25) Resolução do Conselho de Ministros núm. 74/2010. Diário da República 1.ª série – N.º 182 — 17 de Setembro de 2010, pp. 4097-4116.

(26) Relatório de Actividades do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2007, p. 5.

(27) Entre 1995 y 2004 la tasa de nacidos de madres migrantes casi se triplicó, de manera que en 2004 representaban el 7,8% del número total de nacimientos. Después, estos niños, con uno o ambos progenitores inmigrantes, después de obtener la nacionalidad portuguesa, se vuelven invisibles en términos estadísticos. Para más información sobre el impacto de la población de inmigrantes en Portugal, *vid.* ROSA. M. J., SEABRA. H., y SANTOS. T., *Contributos dos imigrantes na demografia portuguesa: o papel das populações de nacionalidade estrangeira*. Coleção de Estudos do Observatório da Imigração Lisboa, 2004, ACIME, pp. 12 y ss.

(28) En el año 2009, la distribución de las concesiones de nacionalidad lusa se reparte entre tres vías principales, con un peso de 14% para aquellos casos de hijos de extranjeros nacidos en Portugal, un 11% de los casos por adopción de la nacionalidad lusa o por voluntad de adquirirla y, finalmente, el 75% de los casos por alguno de los supuestos de naturalización que exige la residencia legal durante 6 años en Portugal, según los datos proporcionados en el Informe emitido por el IFA (Imigração, Fronteiras e Asilo, 2009, Lisboa. *Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. Ministério da Administração Interna* (MAI). Las nacionalidades más amparadas por estas concesiones han sido la caboverdiana, con 22% del total, la brasileña, con un 18% y la bisaugueana, angoleña y moldava, cada una con un 10% del total de adjudicaciones.

Por lo que se refiere a la formas de adquisición de la nacionalidad, se han visto reducidos los requisitos para la naturalización y se ha introducido, a los efectos de atribución o adquisición de la nacionalidad, un nuevo concepto de residencia legal en el territorio portugués, cuya prueba puede ser aportada en virtud de cualquier título válido, considerando como tal el permiso de residencia, el permiso de permanencia, visado de trabajo, visado de estudios, visado de estancia temporal e incluso, prórroga de permiso de permanencia (y no sólo por el permiso de residencia, como ocurría hasta ahora), siempre que se cumplan los plazos de residencia necesarios en cada caso. Por otro lado, en el supuesto de naturalización de un extranjero residente legal en territorio portugués, desaparece una discriminación en función de la nacionalidad del país de origen<sup>(29)</sup>, pasando a ser exigido, para todos, un período de seis años de residencia. Otro aspecto innovador consiste en la equiparación de la unión de hecho al matrimonio, a los efectos de adquisición de la nacionalidad portuguesa, por parte de los ciudadanos extranjeros que convivan con un ciudadano nacional.

Asimismo, se reconoce la nacionalidad portuguesa de origen a los siguientes ciudadanos: a) a los nacidos en territorio portugués, hijos de extranjeros, si al menos uno de sus progenitores ha nacido y tiene en él la residencia en el momento de nacimiento del hijo, con independencia del título, b) a los nacidos en territorio portugués, hijos de extranjeros, que se encuentran al servicio del Estado respectivo, si declaran que quieren ser portugueses desde que, en el momento de su nacimiento, uno de los progenitores resida en este territorio al menos durante cinco años.

Esta misma Ley reconoce un derecho subjetivo a la naturalización a favor de los menores nacidos en territorio portugués, hijos de extranjeros, si en el momento de la solicitud de la nacionalidad, uno de los progenitores hubiera residido legalmente en Portugal durante un período de al menos cinco años, con independencia del título. Lo mismo es de aplicación para el caso de que se trate de un menor que haya concluido el primer ciclo de enseñanza básica. En los mismos términos y por las mismas razones, esta nueva ley viene a favorecer a los inmigrantes de segunda generación, permitiéndoles un acceso más fácil a la nacionalidad, una vez que comprueben que tienen un ascendente en segundo grado con nacionalidad portuguesa, según lo establecido en el Decreto-Ley núm. 237-A/2006, de 14 de diciembre<sup>(30)</sup>. En todos estos casos, se exige el conocimiento de la lengua portuguesa<sup>(31)</sup> y es obligatorio que los

---

(29) Este cambio legislativo ha favorecido la equidad entre extranjeros, pues la normativa anterior (Decreto-Ley núm. 322/82, de 12 de agosto, con las modificaciones introducidas por los Decretos-Ley núm. 177/93, de 13 de abril, y 253/94, de 20 de octubre y 37/97, de 31 de enero), beneficiaba el acceso a la nacionalidad portuguesa a través de la residencia legal durante 6 años de duración de los ciudadanos de países lusófonos, como Brasil, Angola, Mozambique, Guinea-Bissau, Cabo Verde, Santo Tomé y Príncipe y Timor, en detrimento del resto de extranjeros, que necesitaban 10 años de residencia legal para acceder a la nacionalidad portuguesa.

(30) La Ley núm. 37/81 de 3 octubre aprobó la ley de la nacionalidad portuguesa, entrada en vigor el 8 octubre y desarrollada por el Decreto-ley núm. 322/82, de 12 de agosto. Decreto-ley núm. 322/82, de 12 de agosto de 1982. Reglamento de la nacionalidad, modificado por el Decreto-Ley núm. 253/94, de 20 de octubre, y por el Decreto-ley núm. 37/97, de 31 de enero. Decreto-ley núm. 237-A/2006, de 14 de diciembre. Por naturalización (artículos 6-7):

- tener un conocimiento suficiente de la lengua portuguesa;
- justificar la existencia de un lazo efectivo con la comunidad nacional. El Decreto-ley núm. 253/94 de 20 octubre adaptó el Reglamento de la nacionalidad a los cambios introducidos por la ley núm. 25/94;
- demostrar sentido cívico.

(31) *Vid.* Ordenanza 1403-A/2006, de 15 de diciembre, DR. núm. 240, Suplemento Serie I de 2006, 12-15. Ministerios da Justiça e da Educação. En esta ordenanza se regulan diversos aspectos sobre una nueva forma de adqui-

solicitantes no hayan sido juzgados y condenados a pena igual o superior a tres años según la ley portuguesa. Además, la adquisición de la nacionalidad portuguesa no implica la pérdida de la nacionalidad de origen si la ley del país de procedencia así lo determina<sup>(32)</sup>.

Por lo que respecta a las condiciones de entrada, permanencia, salida y expulsión de extranjeros del territorio nacional, así como el estatuto de residente de larga duración, experimentaron también importantes cambios a la luz de la nueva Ley de extranjería, desarrollada a través de un Decreto Reglamentario, núm. 84/2007, de 5 de noviembre. Algunos de los cambios introducidos por estas normas mejoran considerablemente las condiciones de integración de los inmigrantes en la sociedad portuguesa, simplificando los requisitos para el reagrupamiento familiar y la creación de un régimen excepcional para la obtención de permisos de residencia para los inmigrantes que muestren fuertes vínculos con el país. Este es el caso de los menores que han nacido y siempre han vivido en Portugal y que se encuentran recibiendo enseñanza preescolar, básica, secundaria o profesional. Así como la situación de los mayores de edad, también naturales de Portugal, que no se hayan ausentado del país desde la edad de los diez años.

En definitiva, esta nueva Ley del año 2007 crea un título único que permite la entrada en Portugal para el establecimiento de la residencia<sup>(33)</sup>, introduce un régimen especial para la inmigración de carácter temporal, simplificando el sistema de admisión del personal científico, docente, universitario y de extranjeros altamente cualificados y establece un régimen especial para conceder el permiso de residencia a las víctimas de tráfico de personas y de auxilio a la inmigración ilegal.

## 2. No discriminación e integración

Los derechos de los inmigrantes cuentan con un expreso reconocimiento a nivel constitucional en los artículos 13<sup>(34)</sup> y 15<sup>(35)</sup>. En estos preceptos se establece el principio de

---

sición de conocimientos de la lengua portuguesa a los efectos de adquisición de la nacionalidad portuguesa y aprueba los respectivos modelos de test de diagnóstico. *Vid.* Ordenanza núm. 1403-A/2006, de 15 de diciembre, que viene a desarrollar lo establecido en la Ley Orgánica núm. 2/2006, de 17 de abril, por la que se introducen modificaciones a la Ley núm. 37/81, de 3 de octubre (Ley de Nacionalidad), que modifica sustancialmente los regímenes de atribución y de adquisición de la nacionalidad portuguesa. El Decreto-Ley núm. 237-A/2006, de 14 de diciembre, por su parte, viene, como consecuencia de la referida Ley orgánica, a aprobar el Reglamento de la Nacionalidad Portuguesa.

(32) Finalmente, el Servicio de Extranjeros y Fronteras ha dejado de ser competente para aceptar e instruir las solicitudes de adquisición de la nacionalidad por naturalización, pasando esta competencia a ser ejercida por el Registro Civil y a los Registros Centrales, que concentran, de esta forma, todas las solicitudes de atribución y de adquisición de la nacionalidad portuguesa.

(33) Como ponen de manifiesto FONSECA. M. L. y SILVA. S., *et al.*, «asistimos, de esta forma, a un nuevo concepto de residencia legal en territorio portugués, de manera que a partir de esta ley hay que entender que residen legalmente en Portugal no sólo los titulares de un permiso de residencia, sino también los detentadores de cualquier título válido», en *Relatorio sobre o Estado da Arte em Portugal*, *op. cit.*, p. 11, nota 9.

(34) Este precepto reconoce, bajo el principio de igualdad, que:

1. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley.
2. Nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de deber alguno por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica y condición social.

(35) Por su parte, el artículo 15, modificado el 12/12/2001, bajo la rúbrica «De los extranjeros, los apátridas y los ciudadanos europeos», se expresa en los siguientes términos:

igualdad de todos los ciudadanos y se garantiza a los extranjeros que residan legalmente en territorio portugués todos los derechos civiles, sociales y económicos reconocidos al resto de ciudadanos nacionales, con excepción de la política de participación<sup>(36)</sup>. Esta normativa se complementa con lo dispuesto en la Ley 134/99, de 28 de agosto, en virtud de la cual se prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos por razones de raza, color, origen nacional o por razones étnicas. En este sentido, Portugal es signatario de los principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y la protección de los trabajadores inmigrantes<sup>(37)</sup>.

El Informe emitido por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) publicado en el año 2005, bajo el título «*Majorities' Attitudes towards Migrants and Minorities: Key findings from the Eurobarometer and the European Social Survey*»<sup>(38)</sup>, en el que se valoran las actitudes públicas y los comportamientos discriminatorios de la población europea respecto de los inmigrantes y de las minorías étnicas, pone de manifiesto que Portugal es el cuarto país de la Unión Europea que muestra más resistencia a la inmigración<sup>(39)</sup>. El estudio revela que uno de cada seis portugueses presenta reservas en relación a

---

1. Los extranjeros y los apátridas que se encuentren o residan en Portugal gozan de los derechos y están sujetos a los deberes del ciudadano portugués.

2. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior de los derechos políticos, el ejercicio de las funciones públicas que no tengan un carácter predominantemente técnico y los derechos y deberes reservados por la Constitución y por la ley a los ciudadanos portugueses exclusivamente.

3. Se pueden otorgar a los ciudadanos de los países de lengua portuguesa, mediante convenio internacional y en condiciones de reciprocidad, derechos no conferidos a extranjeros, salvo el acceso a los cargos de Presidente de la República, Presidente de la Asamblea de la República, Primer Ministro, Presidente de los Tribunales Supremos, Servicio en las Fuerzas Armadas y la carrera diplomática.

4. La ley puede otorgar a los extranjeros residentes en el territorio nacional, en condiciones de reciprocidad, capacidad electoral activa y pasiva, para la elección de los titulares de los órganos de las instituciones locales.

5. La ley puede también otorgar, en condiciones de reciprocidad, a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea residentes en Portugal, el derecho a elegir y ser elegidos Diputados al Parlamento Europeo.

(36) La garantía de los derechos civiles es universal, pero los derechos sociales y económicos, a pesar de que están desvinculados del factor de la nacionalidad, están asociados al estatus de residencia y a la incorporación económica.

(37) *Vid.* Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Portugal. 27/04/2001. CERD/C/304/Add.117 (Concluding Observations/Comments). En ellas se dispone: «(...) 3. El Comité acoge con agrado la promulgación del Decreto-ley núm. 4/2001, por el que se modifican las normas relativas a la entrada, estancia y salida de los extranjeros, con miras, por ejemplo, a introducir medidas legislativas de carácter penal contra el tráfico ilícito de trabajadores migrantes y a elaborar una definición más amplia de quién puede beneficiarse de medidas de reunión de la familia (...).

4. El Comité también acoge con agrado la promulgación de la Ley núm. 134/99, así como el correspondiente Decreto-ley núm. 111/2000, que prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos por motivos de raza, color, nacionalidad u origen étnico y en que figura una lista no exhaustiva de prácticas discriminatorias y se establecen las sanciones administrativas por los actos allí enumerados. El Comité también acoge con agrado la constitución de la Comisión pro igualdad y contra la discriminación racial.

5. El Comité celebra la creación del Consejo Consultivo encargado de estudiar las cuestiones relativas a la inmigración, así como la participación en él de representantes de asociaciones de inmigrantes.

6. El Comité observa con reconocimiento que, contrariamente a lo previsto en la legislación anterior, la Ley núm. 20/98, de 12 de mayo, permite al empleador contratar libremente a todo trabajador que resida legalmente en Portugal, sea cual fuere su nacionalidad (...).

*Vid.* <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5933.pdf?view=1>>, p. 2.

(38) Se puede consultar este informe en: <<http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/EB2005-summary.pdf>>.

(39) ANNEX 5: *Resistance to Immigrants*, European Social Survey 2003. Ver Section 2.1.2, donde se contiene un listado de cuestiones relacionadas con la oposición a la población inmigrante, p. 33.

la entrada de inmigrantes, de manera que el 62,5% de los encuestados se muestra contrario a la entrada de extranjeros en el país. No obstante, estos resultados no divergen mucho de lo que representa la media europea y se encuentran directamente relacionados con poblaciones cuya cualificación es más baja, residentes en el medio rural y con salarios inferiores, situación que considero debe tenerse en cuenta a la hora de valorar los resultados. Además, estos resultados se obtienen inmediatamente después de una regularización extraordinaria, por lo que la percepción de la presencia de población extranjera en la sociedad portuguesa es también mucho mayor. No obstante, a pesar de estos datos, la posición de los portugueses hacia los inmigrantes y la diversidad cultural es, en términos generales, más positiva que en otros países europeos, tal vez debido a la amplia experiencia de Portugal como país de emigración<sup>(40)</sup>.

En la esfera estrictamente jurídica, son varias las normas integrantes del ordenamiento jurídico portugués que tienen por objeto luchar contra la discriminación por motivos de raza, color, origen nacional o étnico, discapacidad, edad u orientación sexual, religión o credo, idioma, formación, situación económica o condición social. Esta preocupación es evidente especialmente en la Constitución de la República (artículos 13, 15 y 26<sup>(41)</sup>), así como en la Ley núm. 134/99, de 28 de agosto, y en el Decreto-Ley núm. 111/2000, de 4 de julio, normas en que se prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos por motivos de raza, color, nacionalidad u origen étnico. También figura una lista no exhaustiva de prácticas discriminatorias y se establecen las sanciones administrativas por los actos allí enumerados<sup>(42)</sup>.

En la misma línea, Portugal también ha adaptado su legislación nacional a las normas contra la discriminación dictadas en el ámbito de la Unión Europea. La transposición de la legislación europea aprobada en el año 2000 tiene lugar a través de la Ley núm.

---

(40) En un informe analítico sobre discriminación en la Unión Europea, publicado por el Eurobarómetro en febrero de 2008, se pone de manifiesto que Portugal es un país cuyos ciudadanos tienen mayor conciencia de la igualdad de oportunidades, considera que debe contar con más apoyo legislativo contra la discriminación y donde la experiencia de discriminación es más baja, particularmente en el sector de la salud. De la misma forma, algunos estudios efectuados a nivel nacional sobre el racismo, sobre la imagen y actitudes recíprocas entre portugueses e inmigrantes nos permiten tener una percepción de las diferencias étnicas y culturales, es decir, valorar estos comportamientos en términos de prejuicio y discriminación de la población portuguesa respecto de los inmigrantes, así como de éstos frente a aquéllos y frente a otros grupos de inmigrantes como ellos. Vid. VALA. J., *Novos Racismos*. Oeiras, Celta, 1999; VALA. J., BRITO. R., y LOPES. D., *Expressões dos Racismo em Portugal: perspectivas psicossociológicas*. Lisboa. Instituto de Ciências Sociais da Universidades de Lisboa, 1999; LAGES. M., y POLICARPO. V., *Atitudes e valores perante a Imigração*. Coleção Estudos do Observatório da Imigração 2. Lisboa: ACIME, 2003; LAGES. M., et al., *Os imigrantes e a População Portuguesa: Imagens Recíprocas. Análise de duas sondagens*. Coleção de Estudos do Observatório da Imigração, Lisboa, ACIME, 2006. En todos estos trabajos se llega a la conclusión de que la actitud de la población portuguesa frente a la inmigración es un tanto contradictoria. Así, por un lado, la mayoría de los portugueses reconocen la importancia de los inmigrantes por su contribución a favor de la economía del país y porque realizan las tareas que los nacionales no quieren desempeñar. Por eso, defienden los derechos de los inmigrantes, siempre que tengan trabajo y no cometan delitos. Pero también hay sectores de la sociedad portuguesa que consideran que el número de inmigrantes en Portugal debería disminuir, Vid. LAGES. M. et al., *Os imigrantes e a População...*, op. cit., p. 358.

(41) Este precepto, bajo la rúbrica de otros derechos personales, establece en su apartado primero que «se reconoce a todos los ciudadanos el derecho a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, (...) a la ciudadanía (...) y a la protección legal contra cualquiera de las formas de discriminación».

(42) Vid. *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Portugal*, U.N. Doc. CERD/C/304/Add.117 (2001), núm. 4. <<http://www1.umn.edu/humanrts/cerd/spanish/Sportugal2001.html>>.

18/2004, de 11 de mayo, que supone la incorporación al ordenamiento jurídico portugués de la Directiva núm. 2000/43/CE, de 29 de junio, del Consejo de Europa, que aplica el principio de igualdad de trato entre las personas, con independencia de la raza u origen étnico, principio que es aplicable no sólo al ámbito laboral, sino también a muchas otras áreas como la educación, la seguridad social, los cuidados de salud o el acceso a bienes y servicios disponibles al público en general, incluso la vivienda. En cuanto a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo de Europa, establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Su contenido es recogido por el Código de Trabajo y por la Ley núm. 35/2004, de 29 de julio<sup>(43)</sup>, en la que se unifica la prohibición general de discriminación que, en relación con algunos motivos, ya estaba prevista en la legislación anterior.

Dentro de este capítulo, es preciso mencionar la creación de algunas entidades encargadas de velar por la salvaguarda del principio de no discriminación. A este objetivo responde la creación del Alto Comisionado para la Inmigración y las Minorías Étnicas, que actualmente recibe el nombre de Alto Comisionado para la Inmigración y el Diálogo Intercultural (ACIDI), cuya regulación aparece contemplada en el Decreto-Ley núm. 251/2002, de 22 de noviembre, así como la Comisión para la Igualdad y contra la Discriminación Racial (CICDR), creada por Ley núm. 134/99, de 28 de agosto, y la Comisión de Libertad Religiosa (CLR), en virtud de lo establecido en la Ley 16/2001, de 22 de junio, de Libertad Religiosa<sup>(44)</sup>.

La prohibición de discriminación es objeto de tratamiento específico en los dos Planes de Integración de los Inmigrantes de 2007<sup>(45)</sup> y 2010<sup>(46)</sup> respectivamente, a los que hemos hecho referencia con anterioridad, creados por sendas Resoluciones del Consejo de Ministros. Ambos planes surgen siguiendo las Recomendaciones de la Comisión Europea, dictadas en los años 2000 y 2001, para la implementación de políticas de inmigración

---

(43) Ley núm. 35/2004, que desarrolla la Ley núm. 99/2003, de 27 de agosto, que aprobó el Código del Trabajo, Capítulo IV, bajo la rúbrica de igualdad y no discriminación, arts. 30-41.

(44) Para un estudio detallado de esta Ley de Libertad Religiosa, *vid.* TORRES GUTIÉRREZ, A., «La Declaración de *Radicación* de las Confesiones Religiosas en Portugal: Un modelo de Derecho Común en materia de Libertad de Conciencia», en *I Congreso Internacional Hispano-Portugués sobre Libertad Religiosa. Constitución, leyes de libertad religiosa, Acuerdos, Derecho común*, León, 22 y 23 de octubre de 2009. Del mismo autor: «El principio de laicidad del Estado en el ordenamiento jurídico portugués», en *XXX Años de los Acuerdos entre España y la Santa Sede. Actas del IV Simposio internacional de Derecho Concordatario*, Almería, 18-20 de noviembre de 2009, pp. 465-483.

(45) Este Plan tiene un plazo de ejecución de 3 años (2007 a 2009), y son 13 los ministerios que se comprometen a implementar 122 medidas para alcanzar 295 metas, distribuidas en 9 áreas de intervención sectorial (trabajo, empleo y formación profesional, vivienda, salud, educación, solidaridad y seguridad social, cultura y lengua, justicia, sociedad de la información y deportes). Se ven implicadas 11 áreas transversales de intervención (de acogida, descendientes de inmigrantes, reunificación familiar, el racismo y la discriminación, la libertad religiosa, las asociaciones de inmigrantes, medios de comunicación, relaciones con los países de origen, el acceso a la ciudadanía y a los derechos políticos, cuestiones de género y tráfico de seres humanos).

(46) En su Exposición de Motivos se pone de manifiesto que «el acogimiento y la integración de los inmigrantes se convierte en una de las prioridades de intervención política de XVII gobierno constitucional». Por eso, con el objetivo de dar continuidad a una nueva generación de políticas sociales, el gobierno aprueba este nuevo Plan para la Integración de los Inmigrantes, cuyo período de vigencia comprende los años 2010 a 2013, constituido por 90 medidas «orientadas a cumplir compromisos sectoriales del Estado, con la finalidad de lograr la plena integración de los inmigrantes, particularmente en áreas como la cultura y la lengua, el empleo y la formación profesional, así como la vivienda».

que tienen en cuenta no sólo los aspectos económicos y sociales de la integración, sino también los problemas relacionados con la diversidad cultural y religiosa, la ciudadanía, la participación y los derechos políticos<sup>(47)</sup>, y se basan en el Principio Básico Común núm. 10 de la Agenda Común para la Integración<sup>(48)</sup>, que sitúa la inclusión de políticas y de medidas de integración en todos los dominios públicos y los niveles de gobierno y de los servicios públicos en el centro de la formulación e implementación de políticas públicas<sup>(49)</sup>. Finalmente, con el fin de proteger sus derechos e intereses, los inmigrantes que residen en Portugal también se han organizado en asociaciones, y en la actualidad casi un centenar de ellas han recibido reconocimiento de la ACIDI<sup>(50)</sup>.

En resumen, la integración de los inmigrantes en la sociedad portuguesa ha tenido en los últimos años una importancia creciente, convirtiéndose, hoy en día, en una prioridad política. A pesar de que los enfoques nacionales están marcados por las especificidades intrínsecas al propio país, Portugal ha tratado de armonizar su política nacional de integración de la población inmigrante a las Directivas comunitarias orientadas a promover y facilitar su acogimiento e incorporación a la sociedad de acogida. Este esfuerzo se pone de manifiesto en el hecho de que Portugal se mantiene en el segundo lugar del ranking internacional de políticas de integración de inmigrantes, de un total de 31 países. Así lo ponen de manifiesto los resultados de la tercera edición del *Índice de Políticas de Integración de Migrantes* (MIPEX 2011)<sup>(51)</sup>, presentado por la Comisión Europea en Bruselas y realizados

---

(47) Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones sobre inmigración, integración y empleo (COM/2003/336 final).

(48) *Vid.* Marco común para la integración de nacionales de terceros países. Esta Comunicación constituye un primer paso en la creación de un marco europeo coherente para la integración de nacionales de terceros países. Para ello propone medidas concretas a escala nacional y europea destinadas a poner en práctica los Principios Básicos Comunes (PBC), acompañadas de una serie de mecanismos de apoyo de la UE. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de septiembre de 2005 —Programa Común para la Integración — Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea [COM (2005) 389 final— no publicada en el Diario Oficial. El Principio Común núm. 10, que reconoce este documento, se expresa en los siguientes términos: «La Comisión propone también medidas para fomentar un enfoque europeo más coherente de la integración. A escala nacional se trataría de centrar el aspecto “integración” en todas las políticas pertinentes y de reforzar la capacidad de coordinación en los distintos niveles de la Administración. En la UE, cabría consolidar la red de puntos de contacto nacionales (PCN) e intensificar la cooperación entre instituciones y servicios responsables. Se trataría también de efectuar evaluaciones nacionales y de reforzar la capacidad de recogida, análisis y difusión de estadísticas nacionales relativas a la integración. Además, a escala europea, deben desarrollarse herramientas estadísticas e indicadores comunes. También debe desarrollarse la Red Europea de Migración» (...). <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/114502\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/114502_es.htm)>.

(49) Según un informe anual sobre la aplicación del Plan para la Integración de los Inmigrantes (ICI), en el período comprendido entre mayo de 2007 y mayo de 2008 se han llevado a cabo más del 80% de las metas definidas para el año 2009, siendo cuatro las áreas de aplicación en que los objetivos se consiguieron al 100%.

(50) Estas asociaciones de inmigrantes representan a ciudadanos de diversos países, particularmente Brasil, Angola, Mozambique, Guinea-Bissau, Guinea-Conakrí, Cabo Verde, Santo Tomé y Príncipe, Ucrania, Moldavia, Rumanía, Rusia, China y Filipinas, entre otros.

(51) El MIPEX son las siglas del *Migrant Integration Policy Index*, que toma en consideración 148 indicadores, distribuidos en siete áreas fundamentales para la integración de los inmigrantes: acceso al mercado de trabajo, reagrupamiento familiar, educación, participación política, residencia de larga duración, adquisición de la nacionalidad y medidas para combatir el racismo y la discriminación.

*Vid.* <<http://www.mipex.eu/portugal>>.

por el British Council y el Migration Policy Group<sup>(52)</sup>. De acuerdo con este informe, «Portugal se ha dotado de un marco jurídico compuesto por políticas favorables y por buenas prácticas para la integración de los inmigrantes, destacando, entre éstas, las políticas referentes al acceso al mercado de trabajo, reagrupamiento familiar, así como para combatir la discriminación»<sup>(53)</sup>. No obstante, hay que poner de manifiesto que, a pesar de las reformas introducidas en virtud de los cambios legislativos operados recientemente, en particular la Ley de Nacionalidad, todavía hay algunas cuestiones pendientes en esta materia de integración, como ocurre con los derechos electorales, la residencia a largo plazo y los requisitos exigidos para el reagrupamiento familiar<sup>(54)</sup>.

#### IV. PREVISIONES INSTITUCIONALES EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

Tomando como punto de referencia los aspectos demográficos, poblacionales y normativos expuestos, tenemos que partir de una realidad evidente que viene a ponernos de manifiesto que, a finales de la década de los años 90, el fenómeno inmigratorio en Portugal experimentó profundos cambios, transformaciones que comenzaron a gestarse a partir del momento en que Portugal entra a formar parte de la Unión Europea, lo que vino a fortalecer los vínculos con otras naciones europeas. Esto, unido a la política de acercamiento llevada a cabo en las últimas décadas con los países de habla portuguesa, revelan cuál es la situación actual de este país, donde las diversas comunidades constituyen en torno al 5% del total de la población, alrededor de medio millón de inmigrantes legales. En 15 años, la inmigración en su conjunto aumentó en un 400%, lo que ha llevado a las instituciones públicas portuguesas a dotarse de unos mecanismos específicos que puedan dar respuesta a las demandas planteadas por este sector de la población.

En Portugal, al dictarse una Ley que prohíbe cualquier tipo de discriminación por motivos de raza, color, nacionalidad u origen étnico, en los términos antes mencionados, se crea una Comisión encargada de velar por su cumplimiento. Es así como tiene su origen la *Comisión para la Igualdad y contra la Discriminación Racial* (CICDR), asociada al *Alto Comisionado para la Inmigración y las Minorías Étnicas* (ACIME). En la línea de adopción de medidas de reconocimiento y atención de la diversidad, se han aprobado dos *Planes para la Integración de los Inmigrantes* (con períodos de vigencia comprendidos entre los años 2006-2009 y 2010-2013, respectivamente), basados en un enfoque integral y participativo de las diferentes entidades responsables de la aplicación de las políticas

---

(52) El informe analiza 31 países de Europa y América del Norte, teniendo en cuenta los indicadores analizados por especialistas e instituciones independientes, y pone de manifiesto que Portugal se sitúa en segundo lugar en la integración de los inmigrantes en el mercado de trabajo, sólo detrás de Suecia, y en cuarto lugar en el acceso de los inmigrantes a la educación, que también lidera Suecia. El país también aparece en cuarta posición respecto al acceso de los inmigrantes a la residencia permanente, puesto liderado en este caso por Bélgica, y en quinta posición en políticas antidiscriminatorias, liderado por Canadá y Estados Unidos. Por último, Portugal está en séptimo lugar en cuanto a la participación de los inmigrantes en la política activa, segmento liderado por Noruega.

(53) Vid. NIESSEN, J. y HUDDLESTON, T. (coord.), *Migrant Integration Policy Index*, Bruselas, 2007, British Council and Migration Policy Group, MIPEX, pp. 146-151.

(54) FONSECA, M. L. y GOARCCI, M. (coord.), *Mapa de Boas Práticas, Aclohimiento e Integração de Inigrantes em Portugal*, op. cit., pp. 203 y ss.

correspondientes a las diversas áreas de integración. Se caracterizan estos planes, en términos generales, por adoptar, por primera vez, un enfoque global de la integración y servir como punto de referencia tanto para el Estado como para la sociedad civil<sup>(55)</sup>.

Dentro de las medidas adoptadas a nivel gubernamental, se ha creado un Instituto Público, el *Alto Comisionado para la Inmigración y el Diálogo Intercultural IP (ICIDI)*<sup>(56)</sup>. Vienen a converger en esta institución el Alto Comisionado para la Inmigración y las Minorías Étnicas, que aporta la estructura técnica para la coordinación de los Programas y el diálogo con las religiones, y la oficina Entre-Culturas. Su objetivo es promover la acogida e integración de los inmigrantes y de las minorías étnicas en Portugal. Está dotado de personal especializado en la organización, recepción, apoyo e integración de los inmigrantes y trabaja en colaboración con otras asociaciones. Su misión específica es contribuir con la creación, implementación y evaluación transversal de las políticas públicas relacionadas con la integración de los inmigrantes y de las minorías étnicas, así como el diálogo entre las diversas culturas, etnias y religiones. En el seno de este Alto Comisionado se ha constituido el *Observatorio de la Inmigración*, que pretende profundizar en el conocimiento sobre la realidad de la inmigración en Portugal para poder definir y ejecutar políticas eficaces para la integración de estos colectivos<sup>(57)</sup>. Se trata de una institución integrada por una serie de entidades<sup>(58)</sup> que persiguen la consecución de un objetivo común: la integración de la población inmigrante<sup>(59)</sup>.

---

(55) Vid. OLIVEIRA. C. R., *The integration of immigrants in the Portuguese labour market: Statement and comments*, Lisboa, 2008, ACIDI. Estos Planes para la Integración representan un importante avance en la política de reconocimiento de la diversidad en el marco del consenso político y social. A partir de ellos, por ejemplo, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se ha comprometido a proporcionar una información intercultural y de lucha contra la discriminación orientada al personal de los centros de Trabajo asociados al Instituto de Empleo y de Formación Profesional, así como a sensibilizar a la comunidad empresarial de la necesidad de acoger e integrar a los trabajadores inmigrantes.

(56) Organismo creado por Decreto-Ley 202/2006, de 27 de octubre.

(57) Vid. <<http://www.oi.acidi.gov.pt/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=1>>. El Observatorio de la Inmigración no dispone de una estructura propia, ni está dotado de un equipo permanente. Sino que es dirigido por una coordinadora que es la responsable de la respectiva actividad científica y debe rendir cuentas ante el Alto Comisionado de la consecución de los objetivos para los que fue creada. La filosofía de trabajo del Observatorio está al servicio de las instituciones y de los equipos de investigación que se dedican al estudio del tema de la inmigración. En este sentido, pretende intervenir como un catalizador de actividades y un promotor de redes de cooperación académica, científica e institucional, en la medida en que su aportación resulta beneficiosa para una mejor comprensión de las cuestiones que constituyen su principal preocupación.

(58) CEAS - Centro de Estudios de Antropología Social, CEG - Centro de Estudios Geográficos, CEMME - Centro de Estudios de Migraciones y Minorías Étnicas, CEMRI - Centro de Estudios de las Migraciones y de las Relaciones Interculturales, CES - Centro de Estudios Sociales, CIES - Centro de Investigación de Estudios de Sociología, ICS - Instituto de Ciencias Sociales, SOCIUS - Centro de Investigación en Sociología Económica y de las Organizaciones, entre otras.

(59) El Observatorio de la Inmigración tiene los siguientes objetivos:

1. reunir, procesar y facilitar información oportuna sobre el tema de la inmigración en Portugal y sus aspectos horizontales a nivel global;
2. fomentar la recogida de datos complementarios e información que no es accesible directamente desde las fuentes primarias;
3. recopilar archivos, estudios e investigaciones, en colaboración con expertos científicos y académicos, que aparecen como relevantes para el diseño, la orientación y la mejora de las políticas públicas en materia de inmigración;

## I. INMIGRACIÓN Y GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN PORTUGAL

---

Para dar respuesta a las demandas sociales, económicas y culturales de estos colectivos, se crearon, en el año 2004, *los Centros Nacionales de Ayuda a inmigrantes, CNAI, así como los Centros locales, CLAI*. Se trata de centros que nacen con la vocación de dar una respuesta integral, eficiente y humana a los problemas de integración de los inmigrantes que han elegido Portugal como país de acogida. Los Centros Nacionales se estructuran a través de una ventanilla única para los inmigrantes que viven en este país. Para facilitar el acceso a la información disponible para estos colectivos, se crea el Sistema de Información de inmigrantes, a través de distintas plataformas y en diferentes idiomas. Por otro lado, la participación de mediadores culturales es fundamental para un funcionamiento satisfactorio de estos Centros de Ayuda, mediadores que no sólo garantizan una proximidad cultural y lingüística de los inmigrantes en el acceso a estos servicios, sino que también sirven de enlace entre la administración pública y las personas destinatarias de aquellos. Por otra parte, la participación de las instituciones de la sociedad civil como actores encargados de la gestión de este proyecto, junto al desarrollo de políticas de integración de los inmigrantes, da lugar a que haya una responsabilidad compartida en la gestión de la diversidad en Portugal.

A través de estos Centros Nacionales de Ayuda a los Inmigrantes se estructura una Oficina de Ayuda al Empleo para estos colectivos y se ha organizado una Red Nacional de Centros de Trabajo de manera que, a partir del año 2007, como parte del compromiso del primer Plan para la Integración de los inmigrantes, la ACIDI y el Instituto de Empleo y Formación Profesional IEFP han establecido una Red con más de 25 centros de trabajo específicamente para los inmigrantes en colaboración con organizaciones locales, principalmente asociaciones de inmigrantes<sup>(60)</sup>. Finalmente, otra de las medidas institucionales adoptadas en aras a conseguir mayor nivel de integración de los inmigrantes viene de la mano de la creación del denominado servicio de One-Stop Shop (servicio de ventanilla única)<sup>(61)</sup>, en el que participan las partes interesadas tanto a nivel local, como nacional e incluso comunitario, en el examen de la viabilidad y el desarrollo de un manual sobre la implementación de un modelo para la integración de los inmigrantes<sup>(62)</sup>.

- 
4. publicar y distribuir publicaciones resultado de sus actividades, o de otras fuentes de interés, para mejorar la cantidad de conocimientos en materia de inmigración;
  5. promover seminarios, coloquios, debates y otras actividades dirigidas a una mejor comprensión de los fenómenos asociados con los movimientos migratorios;
  6. garantizar la conexión entre ACIDI y similares instituciones nacionales o extranjeras, es decir, las estructuras para la observación, recopilación de datos, la investigación y el análisis sistemático de los movimientos de personas en Portugal, Europa y el resto del mundo. *Vid.* <<http://www.oi.acidi.gov.pt>>.

(60) El Centro Nacional de Ayuda a Inmigrantes CNAI también apoya el espíritu empresarial de los inmigrantes a través de la colaboración llevada a cabo con la Asociación Nacional del Derecho al Crédito, *Vid.* OLIVEIRA. C. R., *The integration of immigrants in the Portuguese labour market: Statement and comments*, Lisboa, 2008, ACIDI.

(61) Este servicio ha sido creado en virtud de un Proyecto para la Integración de los Inmigrantes (JLS/2006/INTI/148), financiado por la Comisión Europea y coordinado por el INTI y por la ACIDI.

(62) El resultado final de este proyecto ha dado lugar a un manual de cómo implementar una One-Stop-Shop de Integración de los Inmigrantes, publicado el 6 de febrero de 2009 en Lisboa. Este manual representa una herramienta esencial para que pueda tener éxito la gestión de la integración, a través de un proceso bidireccional en el que también participa activamente la sociedad receptora de este servicio, siendo más fácil, de esta manera, su adaptación. Como se describe en el Manual, «el servicio OSS viene a representar una política que aborda la integración desde la perspectiva de la adaptación de la sociedad de acogida y las prestaciones que ofrece, en combinación con un proceso consultivo y

V. DIRECTRICES PARA LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN PORTUGAL

No hay duda alguna de que el fenómeno migratorio representa siempre un proceso de diversidad cultural que en muchos casos constituye un desafío y genera situaciones conflictivas entre ambas sociedades, la de acogida y la extranjera, de manera que no siempre se produce una empatía entre ambos colectivos ni se genera una interacción positiva. Por eso, para lograr una pacífica convivencia, es precisa una actitud de comprensión frente a los diferentes valores culturales y prácticas que se pueden incorporar en el marco de las políticas de gestión de esta diversidad, para fomentar el encuentro intercultural y facilitar el contacto entre los diferentes grupos que componen la sociedad portuguesa<sup>(63)</sup>.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las relaciones entre la población autóctona y la inmigrante a menudo se desenvuelven en un contexto de poder asimétrico, donde la primera tiene la capacidad para crear las condiciones formales y sustanciales para integrar «al otro», de ahí la necesidad de arbitrar los mecanismos precisos, que pasan necesariamente por el reconocimiento de derechos para combatir actitudes como la xenofobia y los prejuicios sobre el colectivo inmigrante. De no ser así, existe el riesgo de producirse un deterioro en las relaciones que puede llevar a una inevitable pérdida de cohesión social. Por eso la pacífica convivencia social exige el diálogo intercultural a partir del cual se articula la gestión de esta diversidad, que lleva al reconocimiento mutuo de valores y prácticas culturales bajo el prisma del respeto de los derechos humanos para garantizar el normal funcionamiento del sistema democrático.

A partir de estas premisas, y teniendo en cuenta los referentes normativos e institucionales expuestos, podemos considerar que la política de gestión de la diversidad llevada a cabo en Portugal gira en torno a una serie de ejes vertebradores que se concretan en las siguientes directrices:

a) *Interculturalidad*

En la gestión de la diversidad, el enfoque de la política legislativa y gubernamental de este país reafirma el principio de interculturalidad. Dentro del marco del respeto mutuo y de actuar dentro de la Ley, ha promovido la afirmación de la riqueza de la diversidad en el diálogo. Más de lo que implica la coexistencia pacífica de las diferentes comunidades, el modelo intercultural se manifiesta en el «mestizaje cultural», donde los derechos de las

---

de cooperación que trabaja con inmigrantes para promover su integración en la sociedad receptora». Tomando como ejemplo la experiencia portuguesa la participación de los mediadores culturales es fundamental para este innovador modelo de OSS. *Vid.* Informe de la OCIDI, 2009.

(63) *Vid.* CABRAL, A., *Entre a multiculturalidade e a interculturalidade: portuguesas em França*. Porto, 2000, Edições Universidade Fernando Pessoa, pp. 45 y ss.; ESTEVES, A. y CALDEIRA, M. J., «Reinventing cultures: the contribution of the Cape Verdean community to the cultural dynamics of Lisbon», en KING, R. (ed.), *The Mediterranean passage, migration and new cultural encounters in Southern Europe*, 2001, pp. 95-118. Liverpool, Liverpool University Press; MALHEIROS, J., «Comunidades indias en Lisboa: creatividad aplicada a las estrategias empresariales y sociales», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2010, 92, pp. 119-138; PEROTTI, A., *Plaidoyer pour l'Interculturel*. Estrasburgo, Les Editions du Conseil de l'Europe, 1994, pp. 125 y ss.; ROCHA-TRINDADE, M. B., «Perspectivas sociológicas da interculturalidade». *Análise Social*, 1991, vol. 28, núm. 123/124, pp. 869-887.

personas y las culturas no están amenazados<sup>(64)</sup>. Mucho más que la simple aceptación del otro, el modelo intercultural propone «la bienvenida» de los otros y la transformación de ambos dentro de esta unión<sup>(65)</sup>.

### b) *Ciudadanía*

En muchas de las disposiciones portuguesas se considera a los inmigrantes ciudadanos con plenos derechos, es decir, ciudadanos que contribuyen de forma activa en la organización y buen funcionamiento de la comunidad a la que se han trasladado a pesar de que no compartan un origen común, sin perjuicio de que el ejercicio de alguno de estos derechos esté sujeto al principio de reciprocidad. No obstante, la realidad pone de manifiesto que aún queda un largo camino por recorrer en este ámbito. Una forma de acceder a esta ciudadanía es la adquisición de la nacionalidad, que se ha simplificado a raíz de los cambios experimentados en virtud de la Ley de nacionalidad de 2006 y que beneficia especialmente a los descendientes de los inmigrantes, que cuentan ahora con diversas formas posibles para obtener esta nacionalidad.

### c) *Igualdad de derechos y de responsabilidades*

Se parte del principio de igualdad de acceso al trabajo, salud, educación, seguridad social, justicia y todas las áreas de otros sectores del ordenamiento jurídico portugués. Análogamente, el respeto a la ley, la participación ciudadana o el pago de impuestos son algunas de las obligaciones que asumen los inmigrantes, al igual que los nacionales. Sin embargo, con frecuencia la igualdad no es suficiente, porque en muchas ocasiones los inmigrantes se encuentran en una situación de desventaja importante respecto de los nacionales y están sujetos a vulnerabilidades específicas. Estas circunstancias exigen la adopción de acciones positivas. Por eso Portugal orienta muchas de sus disposiciones y medidas políticas al buen recibimiento y acogida del inmigrante<sup>(66)</sup>.

### d) *Participación y consenso*

Una sociedad que tenga en cuenta la diversidad solo se puede construir mediante la plena participación política y cultural de todos los ciudadanos. Por un lado, estos colectivos deben buscar cauces de participación y, por otro, la sociedad de acogida debe estar abierta a la participación. Además, la construcción de la política de inmigración en Portugal se caracteriza, fundamentalmente, por el consenso a través del diálogo y la negociación. Esta

---

(64) Vid. CORTESAO, L. y PACHECO, N., «O conceito de educação intercultural: interculturalismo e realidades portuguesa», en *Forma*, 4 (2-3), 1993, pp. 33-44; PACHECO, N., «Da luta anti-racista á educação intercultural», *Inovação*, IX (1-2), 1996, pp. 53-62; ROCHA TRINIDADE, M. B., «Perspectivas sociológicas da interculturalidade», en *Análise Sociale*, 1993, (28), pp. 869-885. MALHERROS, J., *Promoção da interculturalidade e da integração de proximidade*. ACIDI, I.P., Lisboa, 2011.

(65) COSTA, J. P. y LACERDA, T., *Interculturalism in Portuguese expansion (15th to 18th centuries)*, Lisboa, ACIME, 2007.

(66) Ambos Planes para la Integración de Inmigrantes en Portugal, tanto el diseñado en 2007 como el del año 2010, contienen medidas orientadas a acogimiento de inmigrantes; en el primer caso, *Boletín de la República*, núm. 85, de 3 de mayo de 2007, Parte I, *op. cit.*, pp. 2964-(3), a través de cuatro apartados, y en el Plan de 2010, dentro de las Áreas de Intervención, señala en primer término el Acogimiento, en *Boletín de la República*, núm. 182, de 17 de septiembre de 2010, *op. cit.*, p. 4098, articulando seis medidas en torno a esta práctica.

es una opción que contribuye a mantener una política de gestión de la diversidad que ha sido imitada por otros países europeos<sup>(67)</sup>.

e) *Proximidad*

Se trata de acortar distancias con el fin de conocer más y poder responder mejor a las necesidades de los inmigrantes. Para conseguir este objetivo, la política portuguesa de inmigración persigue un triple propósito:

- 1) Hacer que el Estado tome la iniciativa en la integración de este colectivo. Para ello, se exige que se adopten las medidas necesarias para garantizar que los inmigrantes que se encuentren en situación regularizada puedan acceder al mercado de trabajo, así como garantizar sus derechos sociales.
- 2) Combatir la exclusión social de los más vulnerables socialmente. Esta vulnerabilidad exige una respuesta para la protección y defensa de los derechos humanos, particularmente, de la dignidad de las personas afectadas. Especialmente, quienes más sufren las consecuencias de esta vulnerabilidad son los hijos de los inmigrantes. Por eso, las políticas orientadas al acceso a la ciudadanía plena contribuyen a combatir las situaciones de desigualdad.
- 3) Finalmente, fomentar en la opinión pública una actitud de tolerancia y acogida al inmigrante. Las ONGs y las asociaciones de inmigrantes, que protegen los derechos e intereses de estos grupos y de sus descendientes, tienen como misión trabajar para asegurar que todos los residentes en Portugal puedan disfrutar de igualdad de oportunidades<sup>(68)</sup>.

## VI. DIFERENTES ESFERAS DE ACTUACIÓN

Trataremos de abordar en esta sede la política de gestión de la diversidad llevada a cabo en Portugal en materia de inmigración, si bien partimos de una concepción de la inmigración como proceso, no como resultado final, es decir, como un recorrido a través del cual estos colectivos se convierten en una parte más integrante de la sociedad portuguesa<sup>(69)</sup>. No

---

(67) *Vid.* Informe de ACIDI, 2009.

(68) *Ibidem.*

(69) ILLAMOLA DAUSÁ, M., «La Unión Europea y la política de integración de los inmigrantes», trabajo elaborado en el marco del proyecto del Ministerio de Ciencia y Tecnología «Migraciones y Mercado de Trabajo: problemas y soluciones para la España de la globalización» (ref: SEC 2001-2196). En opinión de esta autora, «la integración es un proceso en dos direcciones fundado en derechos recíprocos y obligaciones correspondientes de los nacionales de terceros países residentes legales y de la sociedad de acogida, que prevé la plena participación del inmigrante. Ello implica, de una parte, que corresponde a la sociedad de acogida velar por el respeto de los derechos formales de los inmigrantes de tal manera que se les permita participar en la vida económica, social, cultural y civil y, por otra, que los inmigrantes deben respetar las normas y los valores fundamentales de la sociedad de acogida y participar activamente en el proceso de integración, sin necesidad de abandonar su propia identidad» —p. 45—.

Estas medidas se encuadran en la definición que sobre integración aporta el Consejo de la Unión Europea: «proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los agentes implicados, inmigrantes y residentes de los Estados miembros» *Vid. Principios Básicos Comunes sobre Integración, aprobados por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos Sociales en Bruselas*, Documento del Consejo núm. 14615/04, de 19 de noviembre de 2004.

hay duda de que la llegada de extranjeros a las sociedades de acogida ha propiciado una preocupación creciente en la sociedad y en el ámbito político sobre el impacto económico, cultural y social de este proceso. La necesidad de mantener la convivencia pacífica de las diferentes culturas, religiones y, en algunas ocasiones, etnias, ha motivado la puesta en marcha de políticas adecuadas para gestionar la diversidad que aportan estos colectivos<sup>(70)</sup>. Estas políticas se inspiran, en gran medida, en las prácticas institucionales que se venían llevando a cabo con anterioridad a la llegada de la población extranjera a Portugal, si bien se referían principalmente a otros grupos sociales o minorías étnicas, en definitiva, colectivos especialmente vulnerables y en riesgo de exclusión social<sup>(71)</sup>. Veamos la forma en que se ha llevado a cabo la gestión de esta diversidad en distintas esferas de actuación<sup>(72)</sup>.

### 1. Participación política

El artículo 15 de la Constitución portuguesa establece criterios de reciprocidad para el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros en el ámbito local<sup>(73)</sup>. Sin embargo, el propio texto constitucional reconoce dos categorías de extranjeros: los ciudadanos extranjeros que proceden de Estados de lengua oficial portuguesa (PALOP) y con residencia permanente en Portugal, y los nacionales procedentes de países distintos a los anteriores. A los primeros, bajo el principio de reciprocidad y en los términos previstos por la Ley, se les conceden derechos no reconocidos al resto de los extranjeros, salvo el acceso a determinados cargos públicos<sup>(74)</sup>.

Este precepto constitucional debe completarse con la Declaración núm. 9/2005, de 8 de julio<sup>(75)</sup>, que reconoce, en los comicios locales, el derecho de sufragio activo a los ciudadanos de los países de la Unión Europea, Brasil y Cabo Verde, con residencia legal de más de dos años, y Noruega, Islandia Uruguay, Venezuela, Perú, Chile y Argentina, con más de tres años de residencia legal. Respecto a la capacidad electoral pasiva, la tienen reconocida los ciudadanos de los países de la Unión Europea, de Brasil y de Cabo Verde, en los dos

---

(70) FERNÁNDEZ SUÁREZ, B., «Políticas migratorias comparadas...», *op. cit.* pp. 38 y 39.

(71) VERMEULEN, H., *Immigration Policy for a Multicultural Society: A Comparative Study of Integration, Language and Religion Policy in Five Western European Countries*, Bruselas/Ámsterdam. Migration Policy Group/Institute for Migration and Ethnic Studies, 1997, pp. 25 y ss.

(72) La propia Comisión Europea ha instado a los distintos Estados miembros a poner en marcha políticas y medidas tendentes a incluir la cuestión de la integración en sus respectivas competencias políticas y niveles de gobierno, al igual que servicios públicos, para desarrollar políticas en este área, por ejemplo, Principios Básicos Comunes sobre Integración. Estas políticas, según la propia Comisión, deben ser ambiciosas y girar alrededor del equilibrio de los derechos (acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios sociales), y los deberes de los inmigrantes (respeto a las leyes y a la identidad del país de acogida); también se destacan como esenciales en el proceso de integración el aprendizaje del idioma del país de acogida y el acceso al empleo (Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, 2008), *Vid.* <[http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Plaqueette\\_ES.pdf](http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Plaqueette_ES.pdf)>.

(73) En concreto, el núm. 4 del artículo 15 dispone que «la Ley puede atribuir a los extranjeros residentes en el territorio nacional, en condiciones de reciprocidad, capacidad electoral activa y pasiva para la elección de los titulares de los órganos de representación municipal».

(74) El mismo artículo 15, en su número 4, les excluye del acceso a los cargos de Presidente de la República, Presidente de la Asamblea de la República, Primer Ministro, Presidente de los Tribunales Supremos, y de los servicios a las Fuerzas Armadas y en la carrera diplomática.

(75) *Diário da República*, núm. 130, Serie I-A.

últimos casos si se trata de ciudadanos con residencia legal en Portugal desde hace más de 4 años. Respecto a las elecciones presidenciales, legislativas, autonómicas y locales, sólo los ciudadanos brasileños tienen derecho a votar y a ser elegidos si cuentan con tres años de residencia legal como mínimo<sup>(76)</sup>.

También el fomento de la participación política de los inmigrantes está previsto en el II Plan para la Integración de este colectivo; en concreto, se refuerza la atención al ciudadano inmigrante a través de la creación de un gabinete de apoyo en el CNAI, con la misión de contribuir al registro de los inmigrantes, cuya finalidad es completar los censos de población elegible para la participación política de los inmigrantes en las elecciones<sup>(77)</sup>.

## 2. Reagrupamiento familiar

Las familias reagrupadas contribuyen a la cohesión social y a la estabilidad sociocultural de la población inmigrante, de ahí que sea uno de los ámbitos a los que el gobierno portugués ha dedicado especial interés. Por eso Portugal ocupa el primer lugar en los índices del MIPEX 2011 por lo que se refiere a la política de reagrupamiento familiar<sup>(78)</sup>. El proceso de reagrupamiento familiar se ha visto también modificado por la nueva Ley de extranjería portuguesa. Este derecho puede ser ejercido por todos los extranjeros con permiso de residencia en vigor, que cuenten con una vivienda propia y con los suficientes medios de subsistencia<sup>(79)</sup>. Por su parte, la persona reagrupada gozará de una estancia de duración idéntica a la del residente y, en caso de ser ésta de carácter permanente, tendrá un permiso renovable por dos años de validez. Además, se reconoce a los miembros de la unidad familiar reagrupados el derecho a una autorización autónoma, lo cual es también de aplicación a los cónyuges que lleven cinco años casados con la persona residente y solicitante de la reagrupación<sup>(80)</sup>.

---

(76) FERNÁNDEZ SUÁREZ, B., «Políticas migratorias comparadas...», *op. cit.* p. 36. Este privilegio surgió a raíz de la firma del Tratado de Amistad, Cooperación y Consulta entre la República Portuguesa y la República Federal de Brasil, publicado en el *Diário da República*, I, Série-A, núm. 287, de 14 de diciembre de 2000, pp. 7172-7187, y Decreto-Ley núm. 154/2003, de 15 de julio, publicado en *Diário da República*, I Série-A, núm. 161, de 15 de julio de 2003, pp. 4012-4016.

(77) Área de Intervención núm. 10, Medida 58, *Diário da República*, *cit.*, pp. 4103-4104.

En comparación con los restantes nuevos países de inmigración, Portugal ofrece a los extranjeros que residen en él las mejores oportunidades de participación en la vida política. En términos globales, el país ocupa la séptima posición de países valorados en el MIPEX 2011 por lo que respecta a los derechos de voto y a los órganos consultivos. *Vid. Migrant Integration Policy Index III*, 2011, p. 30.

(78) Portugal ocupa la primera posición dentro de 31 países analizados, junto a Canadá, Suecia y España en este tipo de políticas. *Vid. Migrant Integration Policy Index III*, 2011, p. 9.

(79) En virtud de lo dispuesto en el art. 99 de la Ley 23/2007, de 3 de mayo, de Régimen Jurídico de entrada, permanencia, salida y expulsión de los extranjeros del territorio nacional, los miembros de la familia que pueden ser reagrupados son a) el cónyuge o pareja de hecho, b) los hijos menores o los hijos dependientes del matrimonio, c) los menores adoptados, d) los hijos mayores de edad a cargo del matrimonio o de uno de los cónyuges que se encuentren estudiando en un centro de enseñanza portugués, e) los ascendientes en línea directa cuando se encuentren a cargo del reagrupante y, f) los hermanos menores que estén al cargo de la persona solicitante. Y el art. 103 del mismo texto legal permite reagrupar a familiares que se encuentren en territorio portugués en una situación de legalidad.

(80) *Ibidem*, artículo 107, en el que también se reconoce el derecho de autorizaciones autónomas en caso de separación judicial, viudedad o violencia doméstica. En opinión de FERNÁNDEZ SUÁREZ, B., «todas estas modificaciones corrigen injusticias sociales de la legislación anterior, que otorgaba el derecho de reagrupación, pero no permitía

Las medidas previstas en esta norma son completadas con lo establecido en la Ordenanza 1563/2997, que tiene por objeto establecer las condiciones de vida que deben tener los ciudadanos extranjeros para el ingreso y permanencia en el país, así como para la concesión de visados, la duración de la estancia, junto a la concesión y renovación de permisos de residencia. No obstante, en los últimos años, aunque los reagrupantes son requeridos para demostrar sus medios de subsistencia, el nivel de exigencia se ha relajado, siendo suficiente acreditar un nivel de subsistencia inferior al habitualmente estipulado<sup>(81)</sup>. El motivo es que la crisis económica actual obliga a todos los residentes en Portugal a vivir con menos recursos. Por eso el gobierno considera que la situación de desempleo o de trabajo temporal en que pueda encontrarse eventualmente el inmigrante no puede llevar aparejado el efecto desproporcionado de la separación de sus familias.

Este objetivo se encuentra claramente definido en el Plan para la Integración de inmigrantes 2010-2013, en el que se reconoce que la convivencia en familia es un punto de partida para la integración en la sociedad, incluso durante los períodos de recesión económica, como el que estamos atravesando en nuestros días. Dentro del Área de intervención relativa al acogimiento, la medida quinta lleva por título «agilización del proceso de reagrupamiento familiar», como una de las medidas de integración prevista en este Plan. Con esta medida, no sólo se van a ampliar los documentos que pueden demostrar el nivel de rentas obtenidas por el inmigrante, sino que también se introduce la novedad de que puede contribuir al reagrupamiento familiar el documento acreditativo de la inscripción en un establecimiento de enseñanza en Portugal de los hijos de ciudadanos extranjeros con el permiso de residencia, mayores de 18 años y menores de 25, a cargo de residentes que se encuentren fuera del territorio nacional<sup>(82)</sup>.

### 3. Mercado de trabajo

Son diversas las medidas que el gobierno portugués ha adoptado en los últimos años ordenadas a gestionar los derechos de los inmigrantes en el ámbito laboral<sup>(83)</sup>:

- a) En relación con la seguridad en el empleo y los derechos laborales de los inmigrantes. Esta es una de las políticas prioritarias del gobierno portugués en aras a la consecución de un mayor nivel de integración. Así se evidencia en los índices

---

que la persona reagrupada se incorporara al mercado laboral. El modelo que inspiraba esta normativa, —a juicio de la autora— está desfasado en una sociedad en la que cada vez es más necesario el trabajo formal de ambos miembros de la pareja, y así se garantiza que los derechos de los reagrupados sean reconocidos a título individual y no vinculados a la persona que los reagrupa», en *Políticas migratorias comparadas...*, *op. cit.*, p. 31.

(81) *Vid. Migrant Integration Policy Index* III, 2011, p. 29. En este mismo sentido, el II Plan para la Integración de los Inmigrantes se propone revisar la Ordenanza 1563/2007 respecto a los documentos por los que puede optar el inmigrante que prueben el nivel de ingresos obtenidos.

(82) *Vid.* Medida 5.2 del Plan para la Integración de los Inmigrantes 2010-2013, *Diário da República* núm. 182, de 17 de septiembre de 2010, p. 4099.

(83) Estas políticas son una consecuencia de las recomendaciones de la Comisión Europea, en concreto, Council Recommendation (EC) No 741/2004 de 14 de octubre de 2004 sobre la implementación por parte de los Estados miembros de políticas de empleo. Este documento se puede consultar en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/employment\\_and\\_social\\_policy/community\\_employment\\_policies/c11320\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/community_employment_policies/c11320_en.htm)

del MIPEX 2011<sup>(84)</sup>, que sitúa a Portugal en el segundo lugar de los 31 países analizados, detrás de Suecia. Incluso, los derechos de los trabajadores inmigrantes adquieren un expreso reconocimiento constitucional en el artículo 59<sup>(85)</sup>.

b) En el segundo Plan para la Integración de los Inmigrantes (2010-2013) se adoptan una serie de medidas relacionadas con el empleo, la formación profesional y las dinámicas empresariales, sin perjuicio de que algunas de las medidas incorporadas a otras áreas también guarden relación con este ámbito. Cabe destacar, entre otras, las siguientes:

- Refuerzo de los incentivos a los empresarios inmigrantes.
- Refuerzo de actividades de inspección sobre entidades empresariales que utilicen ilegalmente mano de obra inmigrante.
- Refuerzo en la información y formación de los trabajadores inmigrantes sobre sus derechos y deberes.
- Agilización del proceso de reconocimiento de cualificaciones.
- Incentivar la responsabilidad social de las organizaciones empresariales con base en principios éticos y que valoren la diversidad.
- Creación de un sistema de información sobre los inmigrantes altamente cualificados.
- Consolidación de Programas de intervención para trabajadores inmigrantes desempleados.
- Facilitar y promocionar el acceso a la formación profesional y en el empleo.
- Garantizar la renovación de los títulos de residencia a inmigrantes, en el caso de incumplimiento por parte de las empresas de las obligaciones referentes a la seguridad social<sup>(86)</sup>.

c) También se adoptan medidas disuasorias de la contratación ilegal. Desde el año 2003, la legislación portuguesa ha previsto la imposición de sanciones para las empresas que contratan inmigrantes en situación irregular<sup>(87)</sup>. Estas empresas están obligadas a asumir todos los gastos necesarios para el alojamiento y la expulsión de los ciudadanos extranjeros<sup>(88)</sup>. De la misma forma y por las mismas razones, se establecen sanciones para los empresarios que paguen los salarios a estos trabajadores o no efectúen las contribuciones fiscales correspondientes a las cantidades retenidas<sup>(89)</sup>. En definiti-

---

(84) Sobre un 100%, Portugal ha conseguido el 94% en el índice de consecución de objetivos de integración en el mercado laboral, de entre 31 países de la Unión Europea evaluados por el MIPEX (*Migrant Integration Policy Index*), en el informe elaborado en el año 2011.

(85) En este precepto se establece que «todos los trabajadores, sin distinción de edad, sexo, raza, ciudadanía, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, tienen derecho (...)».

(86) Vid. <[http://www.acidi.gov.pt/\\_cfn/4d346c9b80687/live/Consulte+a+vers%C3%A3o+do+Plano+2010-2013+em+portugu%C3%AAs](http://www.acidi.gov.pt/_cfn/4d346c9b80687/live/Consulte+a+vers%C3%A3o+do+Plano+2010-2013+em+portugu%C3%AAs)>, Área de intervención 3, medidas 14-22.

(87) Vid. apartado 2 del artículo 144 del Decreto Ley núm. 34/2003, de 25 de febrero.

(88) *Ibidem*, apartado 8.

(89) *Ibidem.*, Secciones 2 y 8.

va, con el objeto de luchar contra la inmigración irregular, la ley hace responsable al empresario del cumplimiento de la ley, por lo que se refiere a los salarios, cotización a la seguridad social y contribución impositiva por el trabajo desempeñado por los inmigrantes<sup>(90)</sup>.

- d) El reconocimiento de la cualificación profesional de los inmigrantes es uno de los elementos claves en el proceso de integración en el mercado laboral del país receptor. Así las cosas, en octubre de 2007 ha entrado en vigor en Portugal un nuevo marco legal para el reconocimiento de títulos extranjeros<sup>(91)</sup>. Estas disposiciones contienen una serie de medidas orientadas a atraer al personal altamente cualificado a Portugal y promover la movilidad entre instituciones de educación superior, aunque se trata de un proceso que debe ser simplificado en su tramitación. Es de aplicación, fundamentalmente, a los niveles de Licenciatura, Maestría y Doctorado<sup>(92)</sup>.

#### 4. Sistema sanitario público

La forma en que se reconoce el acceso de los inmigrantes y sus descendientes a los servicios y cuidados de salud va íntimamente unida al proceso de integración de estas personas en la sociedad de acogida y al contexto político del país, en particular a las políticas sociales<sup>(93)</sup>. Las políticas de salud, inmigración e integración de los inmigrantes son cruciales para conseguir el bienestar físico y psíquico de estos colectivos, así como para garantizar la efectividad de los servicios públicos, el acceso y la utilización de estos por parte de la población inmigrante<sup>(94)</sup>.

El acceso de los extranjeros al sistema de salud portugués es universal, es decir, no está vinculado a su estatus legal<sup>(95)</sup>. Como sucede en la mayoría de los países, el inmigrante en situación irregular muestra una tendencia a utilizar los servicios de urgencias al desconocer su cobertura por el Sistema Nacional de Salud y por el temor de tener que presentar una

---

(90) Esta medida se corresponde con la voluntad del Plan de Política de la Comisión Europea de trasladar la responsabilidad al empresario en el caso de se produzca una contratación ilegal y en la propuesta de la Comisión de una Directiva en la que se prevén sanciones a imponer a los empresarios que contraten residentes ilegales nacionales de terceros países. 2007/0094/COD. Vid. <[http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=en&DosId=195730](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=195730)>.

(91) Estas normas se dictan en cumplimiento de lo dispuesto en la Decisión de la Comisión de 19 de marzo de 2007, por la que se crea el Grupo de Coordinadores para el Reconocimiento de las cualificaciones Profesionales (2007/172/CE).

(92) De acuerdo con un informe de la OCDE sobre la integración laboral de los inmigrantes en Portugal, se reconoció las buenas prácticas llevadas a cabo en este país para el reconocimiento de títulos de médicos y de enfermeras extranjeros. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DELSA/ELSA/M\(2007\)2&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DELSA/ELSA/M(2007)2&docLanguage=En)>.

(93) INGLEBI, V., «The Role of Health in Immigration», en FONSECA, L. M. (coord.), *Social Integration and Mobility: Education, Housing and Health – Immiscoe Cluster B5 State of Art Report*, Estudios para o Planeamento Regional e Urbano, Lisboa 2005, núm. 67, pp. 101-137. Centro de Estudos Geográficos, Universidade de Lisboa.

(94) SANTANA, L., «Inmigración irregular y derecho a la asistencia sanitaria en Portugal», en *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, 2009, pp. 217 y ss.

(95) Vid. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2009, p. 56. <<http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2009/>>.

documentación de la que carece<sup>(96)</sup>. Para el acceso de los inmigrantes en Portugal a este Servicio Nacional es suficiente con presentar un documento de distrito de su área de residencia (denominada en Portugal «Junta de Freguesia»), y que está vinculada al municipio que certifique que está residiendo en el país desde hace más de 90 días, como señala el art. 34 del Decreto-Ley núm. 135/99, de 22 de abril<sup>(97)</sup>.

Como el binomio inmigración y salud está cobrando cada vez más relieve en las agendas políticas de los países de la Unión Europea, con motivo de la Presidencia de Portugal de la Unión, en el segundo semestre de 2007 escogió la problemática que plantea el acceso al ámbito de la salud por parte de los inmigrantes como uno de los temas que más preocupaba en el área de la sanidad. Algunas de las iniciativas que tuvieron relevancia fue la Conferencia Europea «Salud e Inmigración en la Unión Europea: mejor salud para todos en una sociedad inclusiva», 26 y 27 de septiembre de 2007<sup>(98)</sup>.

A pesar del carácter limitado de la información de que se dispone en esta materia<sup>(99)</sup>, en la práctica se han tomado varias medidas con la intención de implementar mecanismos de cambio. Así por ejemplo, en el proceso de elaboración del II Plan para la Integración de los Inmigrantes 2010-2013, se pueden identificar una serie de situaciones que suponen limitaciones para el acceso de los inmigrantes al Servicio Nacional de Salud. Para tratar de paliar alguno de estos obstáculos, en este Plan se prevé la ejecución de seis medidas en esta área que podemos sistematizar de esta forma:

- a) Promover y ejecutar acciones de formación, educación y comunicación para combatir la falta de información tanto de los inmigrantes respecto a los servicios de salud (incentivando la utilización del Servicio Nacional de Salud), como de los profesionales de la salud y de otras entidades públicas frente a la diversidad cultural y a los derechos y procedimientos que haya que seguir con estos colectivos, mediante la creación de competencias administrativas, interculturales y lingüísticas (medidas 35, 36, 37)<sup>(100)</sup>.

---

(96) Vid. GONÇALVES, A. *et al.*, «Acceso aos cuidados de saúde de comunidades migrantes; problemas e perspectiva de intervenção», en *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 21 (1), 62-63; FONSECA, L.M., *et al.*, *Rede de informação sobre boas práticas em cidadãos da saúde para imigrantes e minorias étnicas na Europa*. Lisboa, 2009, Centro de Estudos Geográficos, pp. 31 y ss.

(97) Lo dispuesto en este precepto está ratificado por la Circular Informativa núm. 12/DGS/DMD, de 7 de mayo de 2009, sobre el acceso de los inmigrantes al Servicio Nacional de salud (SNS). Negar la asistencia médica a los inmigrantes en cualquier establecimiento público de salud está penado por la Ley portuguesa de antidiscriminación, Vid. FONSECA, L.M., *et al.*, *Rede de informação sobre boas práticas em cidadãos da saúde...*, *op. cit.*, p. 35.

(98) También hay que destacar un encuentro de los coordinadores nacionales para el SIDA de Europa y de los países vecinos sobre «VIH y migraciones», octubre de 2007. Efectivamente, promover un debate de este nivel sobre estas cuestiones era necesario, y sus conclusiones y recomendación representan un desafío para los actores políticos, las asociaciones y, en general, para la sociedad civil. Además, estas cuestiones se trasladaron a la opinión pública, que ha tratado sobre el tema de la inmigración, de la salud pública y del funcionamiento del Servicio Nacional de Salud Pública. Vid. FONSECA, L.M. *et al.*, *Relatório sobre o Estado da Arte...*, *op. cit.*, p. 37.

(99) *Ibidem*. Considera este autor que «sería interesante que se desarrollaran estudios cualitativos y cuantitativos en esta área pues es evidente que faltan estudios empíricos sobre el acceso efectivo de los inmigrantes y de las minorías étnicas a los cuidados de salud en Portugal».

(100) Se trata de adoptar estrategias que promuevan reducir las desigualdades en el plano de la salud, incluyendo la adecuación de los recursos y desarrollo de las medidas necesarias de acuerdo con las estrategias que establece el Plan Nacional de Salud 2011-2016. También se trata de divulgar, entre los inmigrantes, sus derechos y deberes en

- b) Promover e incentivar la creación de asociaciones entre organizaciones locales e internacionales, públicas y privadas y demás grupos interesados en cuestiones de inmigración, así como mejorar los servicios prestados por el SNS y facilitar cambios en la organización de las instituciones (medidas 38, 30 y 40)<sup>(101)</sup>.

En el plano de la difusión de información sobre los derechos de los inmigrantes en el ámbito de la salud, se ha creado el Gabinete de Salud del Centro Nacional de Apoyo a los inmigrantes, en el año 2004. Este gabinete desarrolla sus actividades en colaboración con mediadores socioculturales que, por su origen inmigrante, constituyen un factor de proximidad con estos colectivos frente a las dificultades que tienen que afrontar. Este equipo del Gabinete de Salud centra sus actividades en la resolución de los problemas relacionados con el acceso de los inmigrantes, en situación irregular o regular, y de los pacientes de los países del PALOP que acuden a Portugal al amparo de los Acuerdos de Cooperación para los cuidados de salud<sup>(102)</sup>. Gran parte del funcionamiento de este gabinete se basa en el diálogo con otras instituciones promotoras de salud, desempeñando un papel destacado en la difusión de información a los inmigrantes sobre sus derechos y deberes en este ámbito y al personal administrativo del Servicio Nacional de Salud sobre la aplicación de la legislación portuguesa en este sentido<sup>(103)</sup>.

### 5. Sistema educativo

En Portugal se garantiza el derecho de acceso a la educación de todos los menores de forma independiente a su estatus legal y siempre que no alcancen los 16 años, edad en la que les está permitido acceder al mercado laboral<sup>(104)</sup>. Especialmente relevantes resultan las medidas incorporadas en el Plan para la Integración de los Inmigrantes 2010 por lo que concierne al tema de educación, orientadas a facilitar los procesos de regularización de los inmigrantes menores de edad incorporados al sistema de enseñanza

---

relación al SNS, de acuerdo con la Ley 33/2009, de 14 de julio, que establece el derecho a supervisar los servicios de urgencias, así como la Circular de la Dirección General de Salud núm. 12/DQS/DMS, de 7 de mayo, sobre acceso de los inmigrantes a la SNS.

(101) Aunque este tipo de medidas ya se contenían en el I Plan para la Integración de los Inmigrantes 2007-2009, es interesante la novedad que introduce la medida 40, prestando especial atención a la salud mental de los inmigrantes y, en este sentido, se reconoce expresamente el compromiso de promover la salud mental de los inmigrantes, a través de un programa específico en el que intervienen diversas instituciones, entre otras, la Coordinadora Nacional de Salud Mental, en colaboración con el Consejo Nacional de Salud Mental.

(102) BÄCKSTRÖM, B. *et al.*, «Imigração e saúde: O Gabinete de Saúde do CNAI enquanto observatório para o estudo das condições de acesso dos imigrantes aos serviços de saúde», Observatório da Imigração, ACIDI, I.P., en *Revista Migrações*, núm. 4, abril, 2009, p. 176.

(103) FONSECA, M. L., *Relatório sobre o Estado de Arte...*, *op. cit.* p. 38. *Vid.* SANTANA, L., «Inmigración irregular y derecho a la asistencia sanitaria en Portugal», *op. cit.*, pp. 219-222.

(104) El acceso de los ciudadanos en situación irregular está previsto en el Decreto-Ley núm. 67/2004, de 25 de marzo (*Diário da República* núm. 72, del 25 de marzo de 2004). En el curso 1997-1998, el alumnado extranjero representaba el 7% del total. Las investigaciones realizadas hasta el momento señalan que el fracaso escolar de estos colectivos en primaria está influyendo de manera llamativa, siendo elevado el índice de alumnos inmigrantes que abandonan los estudios. Además, el conocimiento de la lengua no parece ser decisivo en el tema de fracaso escolar, como puede verse en el caso del alumnado brasileño. Más bien, este tema parece estar asociado a un bajo nivel socioeconómico, unido al origen inmigrante, como apunta FERNÁNDEZ SUÁREZ, B., *Políticas migratorias...*, *op. cit.*, p. 27.

público<sup>(105)</sup>. El catálogo de medidas contenidas en este documento abarca las siguientes áreas de actuación:

- a) Formación en temas de interculturalidad por parte del profesorado. Se considera imprescindible incrementar las competencias de los profesores para trabajar en contextos cada vez más multiculturales, a través del refuerzo en la formación continua<sup>(106)</sup>.
- b) Establecer recomendaciones para que se constituyan grupos equilibrados<sup>(107)</sup>, así como adecuar las estrategias de los colegios para el acogimiento de alumnos extranjeros y descendientes de inmigrantes. Igualmente, se refuerzan las estrategias de apoyo a la integración de los hijos de inmigrantes, teniendo en cuenta sus características, nivel de edad, dominio de la lengua y tiempo de permanencia en Portugal.
- c) Diversificar las ofertas educativas y formativas y promover el acceso a proyectos que se traduzcan en acuerdos entre escuelas y empresas con el fin de proporcionar una oferta educativa que responda a las expectativas de los alumnos. En este mismo sentido, se potencia la presencia de mediadores interculturales en los colegios, garantizando su reconocimiento como parte de la comunidad educativa en unión con los profesores en el proceso de integración y aprendizaje<sup>(108)</sup>.
- d) Promover el acceso a las ayudas de acción social escolar para los hijos de inmigrantes matriculados en educación pre-escolar, enseñanza básica y secundaria, así como garantizar el acceso a bolsas de estudio a los alumnos extranjeros y a los descendientes de inmigrantes matriculados en enseñanzas superiores con residencia legal en Portugal al menos durante cinco años<sup>(109)</sup>.
- e) Divulgar recursos pedagógicos interculturales, así como de las buenas prácticas de acogimiento, apoyo e integración de los estudiantes extranjeros. Estas medidas se centran en crear un clima antirracista<sup>(110)</sup>, utilizando, cuando sea preciso, el sistema

---

(105) *Vid.* Medida 32, Área de intervención 4.ª, bajo la rúbrica de Educación, del Plan para la Integración de los Inmigrantes 2010-2013, *op. cit.*, p. 4101.

(106) El Plan sugiere tanto de acciones de formación a corto plazo como talleres de capacitación promovidos por los Centros de Formación de Docentes, *ibidem*, *Vid.* Medida 23, p. 4100.

(107) Estas medidas están basadas en las Recomendaciones del Ministerio de Educación, orientadas a asegurar un equilibrio en la «composición étnica» de los grupos. También se facilita el acceso a la formación profesional, como modalidad especial de educación escolar, de los menores extranjeros en situación irregular en territorio nacional, clarificando la interpretación restrictiva que en este sentido había hecho la redacción del artículo 2 del Decreto-Ley 67/2004, de 25 de marzo, así como la Ordenanza núm. 995/2004, de 9 de agosto.

(108) El Plan recomienda que esta medida se tome en el ámbito de los Programas Territoriales Educativos de Intervención Primaria (TEIP).

(109) Un rasgo definitorio de la integración educativa de los inmigrantes en Portugal viene determinado por la infrarrepresentación de este alumnado en las enseñanzas superiores. Aunque en el año 2009 se han implementado medidas por parte del gobierno para extender los beneficios de acción social de las enseñanzas superiores al alumnado extranjero que estuviera en situación de obtener una autorización de residencia permanente o de larga duración, en los términos previstos en el Decreto-Ley 204/2009, de 31 de agosto, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, y Enseñanza Superior (MCTES), parece necesario seguir trabajando en temas de igualdad de oportunidades educativas para lograr una mayor integración, propósito al que parece responder las medidas núm. 28 y 31 del Plan para la Integración de 2010.

(110) De esta forma consolidan las ofertas formativas e informativas promovidas por la Bolsa de Formadores del ACIDI, I.P.

de convenios con otras instituciones, cámaras municipales o asociaciones de inmigrantes relativas al acogimiento, apoyo e integración de los alumnos pertenecientes a estos colectivos<sup>(111)</sup>.

Para finalizar esta dimensión educativa, es relevante para estos fines la propuesta contenida en el «Programa Elecciones» renovado, por resolución del Consejo de Ministros, por el período comprendido entre enero de 2010 a diciembre de 2013<sup>(112)</sup>. Este programa viene a promover la inclusión social de los niños y jóvenes provenientes de contextos económicamente más vulnerables, especialmente los descendientes de inmigrantes y minorías étnicas, con el fin de lograr una igualdad de oportunidades y reforzar la cohesión social<sup>(113)</sup>.

### VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La experiencia de Portugal como país de inmigración es relativamente reciente. Obedece al proceso de internalización de la economía portuguesa y a la integración de Portugal en la Unión Europea. Tratándose de un país con una gran tradición de emigración, a mediados de los años setenta se ha convertido de país proveedor de mano de obra para los países desarrollados de Europa en un país de acogida de población extranjera, particularmente, como ha sucedido con otros países del Sur de Europa, se ha transformado en receptor de inmigración, sin perjuicio de que en los últimos años la recesión económica sufrida en Portugal haya llevado aparejada una reducción considerable de población inmigrante.

No obstante, los inmigrantes siguen llegando, es cierto que en menor número y, ahora, no tanto por razones económicas relacionadas con el mercado laboral sino más bien por motivos de reunificación familiar. En este nuevo contexto, los desafíos de la integración no han cesado, si bien las medidas adoptadas se proyectan en diferentes niveles hoy en día, más orientadas a los descendientes de los primeros inmigrantes, buscando la consolidación de estrategias interculturales y un reconocimiento explícito de la diversidad, así como los aspectos positivos que ésta aporta, ofreciendo soluciones negociadas que siempre representan avances para la sociedad.

Como forma de lucha contra la discriminación, en Portugal está legalmente prohibida cualquier tipo de identificación que no sea la jurídica (ya sea racial, étnica o ético-religiosa) en los documentos oficiales. Así las cosas, las leyes de inmigración portuguesas se limitan a definir las condiciones de entrada, permanencia, salida y expulsión de los extranjeros del territorio nacional y en ningún momento se refieren a las condiciones de integración, a la etnicidad o a la cultura de los inmigrantes. En este sentido, podemos decir que Portugal se

---

(111) Vid. Medidas 29 y 30 del Plan para la Integración 2010-2013.

(112) Publicado en el *Diário da República* del 23 de julio de 2009. También en el *Diário da República* de este mes, el día 6, fue publicado un Despacho Normativo núm. 27/2009 que aprueba el Reglamento del Programa de elecciones.

(113) En su tercera Edición, este Proyecto, realizado bajo los auspicios de la ACIDI, promueve la colaboración de 780 asociaciones y 81.695 beneficiarios, sobre todo jóvenes inmigrantes desfavorecidos. Vid. *Migrant Integration...*, p. 29.

acerca a un modelo en el que se integra a los inmigrantes en la sociedad nacional a través de la ciudadanía individual, según una concepción individualista del ciudadano<sup>(114)</sup>.

Sin embargo, descendiendo al plano de los hechos, el Estado practica cada vez más una política de acciones positivas dirigidas a la población inmigrante. No sólo se crean instituciones específicamente dirigidas a lograr la consecución de este fin, léase el *Alto Comisionado para la Inmigración y Minorías Éticas*, ACIME, como entidad de ámbito nacional que asume la función de acompañar a nivel interministerial el apoyo de la incorporación de los inmigrantes a la sociedad portuguesa, sino que también se han aprobado sendos Planes para la Integración de los Inmigrantes (2007-2009 y 2010-2013), que introducen interesantes propuestas en aras a la gestión de la diversidad que representan estos colectivos.

Esta dicotomía en la actuación de los poderes públicos en Portugal podemos explicarla recurriendo a SOYZAL. Su justificación se encuentra en el hecho de que «mientras la ley de inmigración entra en el ámbito del derecho de los Estados a definir las condiciones de existencia de los extranjeros en su territorio en una consolidación de la soberanía nacional, la política gubernamental global sobre inmigración tiene que responder a determinadas reivindicaciones que surgen con motivo de movimientos y discursos internacionales sobre los derechos de las personas, independientemente de su estatuto de ciudadano del país donde vive»<sup>(115)</sup>. En otras palabras, el proceso de regularización y de integración en la ley se realiza individualmente, pero el diálogo con el Estado se realiza a través de instituciones representativas.

---

(114) Vid. SCHNAPPER, D., «Integración “a la francesa”», en *Debats*, núm. 54, 1995, pp. 42-45.

(115) SOYZAL, Y., *Limits of Citizenship. Migrants and postnational citizenship in Europe*, University of California Press, Londres, 1994, pp. 119 y ss. La autora plantea que un nuevo concepto de ciudadanía que se ha ido abriendo paso, especial, pero no exclusivamente, en Europa, en la posguerra (tras la II Guerra Mundial). Un concepto cuyos principios legitimadores están basados en la personalidad universal, en lugar de en la pertenencia nacional. Derechos y privilegios que eran exclusivos de los ciudadanos de una nación han sido extendidos como derechos personales, de los que gozan también los inmigrantes. A este modelo de ciudadanía la autora lo denomina como «postnacional», al considerar que deriva de un discurso transnacional y de estructuras de promoción de los derechos humanos a nivel mundial.

## II. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA CONCESIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y LA AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

*Profesor Titular Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad a Distancia de Madrid*

### RESUMEN

#### **Las diferencias entre la concesión del derecho de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias**

El propósito de este trabajo es exponer las diferencias existentes entre la concesión del derecho de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias a través de un recorrido jurisprudencial. En primer lugar, se define asilo. En segundo, se define refugiado. En tercero, se determinan las diferencias entre asilo y refugio. En cuarto, se define indicios suficientes. En quinto, se estudia la actuación de la Administración Pública bajo la óptica jurisprudencial. En sexto, se ofrecen las diferencias entre la condición de refugiado y la autorización de permanencia por razones humanitarias. En séptimo, se determina la situación determinante para resolver la autorización por razones humanitarias; es decir, si se debe llevar a cabo en la fecha de la solicitud de asilo o en la fecha en que se dicta la resolución. Por último, se ofrecen las conclusiones más relevantes.

**Palabras clave:** Asilo, refugio, indicios suficientes, extranjero, razones humanitarias.

### ABSTRACT

#### **Differences between the granting of asylum and approval of stay on humanitarian grounds**

The purpose of this paper is to present the differences between the granting of the right of asylum and residence permit on humanitarian grounds through a jurisprudential journey. First, defined seekers. Secondly, a refugee is defined. Thirdly, defines the differences between asylum and refuge. Fourth, sufficient evidence is defined. Fifth, we study the performance of public administration from the perspective jurisprudence. Sixth, the differences are offered refugee status and residence permit on humanitarian grounds. Seventh, is determined to resolve the situation determining authorization for humanitarian reasons, that is, whether to perform on the date of the asylum application or the date of enactment of the resolution. Finally, we offer conclusions.

**Key words:** Asylum, shelter, sufficient evidence, foreign humanitarian reasons.

---

### SUMARIO

- I. DEFINICIÓN DE ASILO.
- II. DEFINICIÓN DE REFUGIADO.
- III. DIFERENCIAS ENTRE ASILO Y REFUGIO.
- IV. DEFINICIÓN DE INDICIOS SUFICIENTES.

- V. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA ÓPTICA JURISPRUDENCIAL.
  - VI. DIFERENCIAS ENTRE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO Y LA AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS.
  - VII. SITUACIÓN DETERMINANTE PARA RESOLVER LA AUTORIZACIÓN POR RAZONES HUMANITARIAS: ¿FECHA DE LA SOLICITUD DE ASILO O LA FECHA EN QUE SE DICTA LA RESOLUCIÓN?
  - VIII. CONCLUSIONES.
- 

## I. DEFINICIÓN DE ASILO

Antiguamente el ordenamiento jurídico español regulaba la figura del asilo en la Ley de 4 de diciembre de 1885, que solo se limitaba a fijar los principios fundamentales de esta institución en cinco artículos; con la salvedad de configurarlo como una excepción procesal frente a las solicitudes de extradición. Principios que fueron denominados como inviolabilidad del territorio español, rechazo de la extradición por delitos políticos, regulación de los derechos de los extranjeros por tratados internacionales, alejamiento de la frontera de un extranjero cuando existiera motivo justificado y expulsión de los extranjeros que abusaran del asilo<sup>(1)</sup>.

Posteriormente, en el año 1978, el ordenamiento jurídico español incorpora en su haber a la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. La Constitución Española<sup>(2)</sup>, en el artículo 13.4, señala que la «ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». De su lectura se desprende que existe una reserva de ley, por lo que se promulga la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado<sup>(3)</sup>, que posteriormente fue modificada parcialmente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo<sup>(4)</sup>, y desarrollada por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo<sup>(5)</sup>; que a grandes rasgos suprime la dualidad asilo-refugio, por considerar que el asilo es la protección que se dispensa al extranjero a quien se otorga la condición de refugiado. Un cambio que ha sido justificado, entre otras razones, por la necesidad de evitar que el sistema de protección de los refugiados sea utilizado por los inmigrantes de carácter económico.

---

(1) BUENO ARÚS, F., «Comentarios a la Ley 5/1984, de 26 de marzo», en AA.VV. (dir. COBO DEL ROSAL, M.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII, vol. 2.º, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988, p. 827.

(2) BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

(3) BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

(4) BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

(5) BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

Trascurridos más de veinte años desde la publicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, nace la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>(6)</sup>. El objetivo de esta Ley es trasponer los tres siguientes instrumentos europeos:

- a) Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida<sup>(7)</sup>.
- b) Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado<sup>(8)</sup>.
- c) Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, que se traspone parcialmente<sup>(9)</sup>.

Las principales novedades de la Ley de Asilo son las siguientes:

- a) Eleva el estándar de protección internacional al equiparar los dos estatutos en que ésta se traduce: el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria. Por otra parte, equipara ambos estatutos en garantías y contenido, y, además, define en términos rigurosos a la protección subsidiaria al concebirla como aquella que se dispensa a quienes, sin reunir los requisitos de la Convención de Ginebra para ser refugiados, tienen motivos fundados para creer que, en caso de regresar a su país de origen, estarían en riesgo de sufrir daños graves como pena de muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes o amenazas en un contexto generalizado de violencia ante un conflicto armado internacional o interno.
- b) Distingue con claridad los ámbitos de asilo y extranjería. El estatuto de refugiado se reconoce únicamente a quienes no ofrezcan dudas en su temor fundado de sufrir persecución por los motivos tasados en la Ley, circunscribiendo la protección internacional a sus exclusivos y exactos términos, e impidiendo que el asilo pueda utilizarse de manera fraudulenta por parte de inmigrantes económicos.
- c) Recoge de forma expresa las características de género<sup>(10)</sup>, orientación sexual y edad como causas que pueden dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado por pertenencia a un determinado grupo social.
- d) Refuerza las garantías inherentes al procedimiento de obtención de protección internacional.
- e) Regula el reasentamiento, el cual se podrá reasentar por medio de la fijación de un cupo anual y con la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

---

(6) BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

(7) DOUE de 30 de septiembre de 2004.

(8) DOUE de 13 de diciembre de 2005.

(9) DOUE de 3 de octubre de 2003.

(10) Vid. KAHALE CARRILLO, D., *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

para los Refugiados (ACNUR)<sup>(11)</sup>, a un número de refugiados establecidos en países limítrofes al de su origen y, pese a ser refugiados, no tienen garantizada la no devolución a éste porque corre peligro.

- f) Desarrolla y pormenoriza la exclusión, revocación y cese de la protección internacional.
- g) Presentación de la solicitud, además de los sitios clásicos, en los Centros de Internamiento para Extranjeros.

El origen de la palabra asilo nace del vocablo griego *asylum*, que significa aquello que no puede ser capturado o sitio inviolable, lo cual implica una protección a la persona perseguida, y, a su vez, un lugar donde pueda sentirse segura<sup>(12)</sup>. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como un lugar privilegiado de refugio para los perseguidos<sup>(13)</sup>. El artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, alude a él como la «protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967»<sup>(14)</sup>.

La doctrina, no obstante, entiende que es «la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las Autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que

---

(11) Como Organismo Internacional creado por las Naciones Unidas, la presencia de ACNUR se regula mediante un acuerdo de Sede con el Ministerio de Asuntos Exteriores. Aunque la presencia de ACNUR en España como corresponsalía data de los años 60, es en 1979 cuando se establece la Representación de ACNUR en Madrid, al frente de la cual se encuentra un Representante del Alto Comisionado. Desde el año 2009 Maricela Daniel es la Representante de ACNUR en España. <<http://www.acnur.es>>.

(12) GARCÍA MACHO, R., «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p. 767.

(13) <[www.rae.es](http://www.rae.es)>.

(14) *Vid.* la Convención sobre los Estatutos de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de fecha 22 de julio de 1978. El artículo 3 prohíbe cualquier discriminación por motivos de raza, religión o país de origen y el artículo 33 dispone: «1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país».

«El contenido esencial del Estatuto de Refugiado está expresado en el Convenio de Ginebra de 1951, y destaca especialmente el principio de *non-refoulement*. En cuanto al contenido esencial del derecho de asilo territorial, o asilo en sentido estricto, estaría integrado por ese mismo principio del *non-refoulement* y por unas mínimas facilidades de estancia en el territorio del Estado de destino, así como por la facultad de acceder al mercado de trabajo. En los dos casos, tanto en cuenta al refugio como en el asilo territorial, un contenido esencial del derecho es el del establecimiento de vías de recurso jurisdiccional frente a las decisiones más significativas de la Administración, como son: la inadmisión de la demanda a trámite, el rechazo del otorgamiento del estatuto de refugiado o asilado, y la expulsión». LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991, p. 173.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

hayan escapado al control de dichas Autoridades»<sup>(15)</sup>. Dicho en otros términos, es «la persona que solicita ser admitida en el territorio de un Estado para que éste le conceda protección en prevención del ejercicio de la jurisdicción de otro Estado»<sup>(16)</sup>. Por ello no hay que confundir el término asilo con el de refugiado, que más adelante se analizará; sin embargo, se adelanta que la diferencia básica estriba en que el derecho de asilo territorial es una facultad soberana de los Estados, que consiste en dar protección en su territorio a extranjeros o apátridas cuando el Estado de su nacionalidad u origen se la deniega o no puede garantizársela<sup>(17)</sup>. Mientras que el refugio es una institución jurídica internacionalmente regulada, puesto que los Estados, en base al Convenio de Ginebra de 1951, han asumido una serie de obligaciones en esta materia<sup>(18)</sup>.

La definición dada por la nueva Ley de Asilo ha traído polémica, por no incluir a los nacionales comunitarios. No obstante, se entiende que la Unión Europea se consolida, cada vez más, como un espacio único de libertad, seguridad y justicia para todos los europeos. Por tanto, se fortalece la libre circulación de sus residentes para que puedan transitar y elegir su lugar de residencia y trabajo y, por ende, el pleno ejercicio de sus derechos<sup>(19)</sup>. De la naturaleza de las Directivas Comunitarias que la Ley incorpora se desprende que los Estados miembros tienen competencia para introducir disposiciones más favorables para las personas no comunitarias que soliciten protección internacional a un Estado miembro.

## II. DEFINICIÓN DE REFUGIADO

La Real Academia Española define refugiado como la persona que, a consecuencia de guerras, revoluciones o persecuciones políticas, se ve obligada a buscar refugio fuera de su país<sup>(20)</sup>. Conforme lo establecido en la Convención de Ginebra y en el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, se considera refugiado a toda persona que «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de fundados temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

---

(15) DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 626.

(16) VELLOSO DE SANTISTEBAN, A., *El desorden mundial y los refugiados*, UNED, Madrid, 1998, p. 113.

(17) La Convención de Ginebra no recoge una definición de derecho de asilo en sentido propio, puesto que sigue siendo una potestad soberana de los Estados. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, p. 213.

(18) GORTÁZAR ROTAECHE, C., *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, Dykinson/Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1997, p. 148.

(19) Vid. KAHALE CARRILLO, D., «La libre circulación de los solicitantes de asilo en la Unión Europea: La puesta en marcha del Sistema Europeo Común de Asilo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 97, 2012, pp. 135-154.

(20) <www.rae.es>.

La Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, en su artículo 2, define refugiado como el «nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él, y al que no se aplica el artículo 12»<sup>(21)</sup>.

La doctrina ha señalado que esta definición ha presentado zonas grises a la hora de su adopción, por los siguientes motivos<sup>(22)</sup>:

- a) Fue estipulada en su articulado para respetar la noción de soberanía estatal más propia del Derecho Internacional clásico que del contemporáneo.
- b) La filosofía individualista que subyace en el dispositivo que regula para dar cobijo a todo refugiado.
- c) La falta de previsión de las necesidades futuras a cubrir, ya que se le da más importancia a los esfuerzos normativos necesarios para resolver problemas heredados por las dos guerras mundiales y centradas en el continente europeo.

---

(21) Artículo 12 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida: «1. Los nacionales de terceros países o los apátridas quedarán excluidos de ser refugiados en caso de que:

a) estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la sección D del artículo 1 de la Convención de Ginebra en lo relativo a la protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la asamblea general de las Naciones Unidas, esas personas tendrán, ipso facto, derecho a los beneficios del régimen de la presente Directiva;

b) las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia les hayan reconocido los derechos y obligaciones que son inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país, o derechos y obligaciones equivalentes a ellos.

2. Los nacionales de terceros países o los apátridas quedarán excluidos de ser refugiados en caso de que existan motivos fundados para considerar que:

a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) han cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitidos como refugiados; es decir, antes de la expedición de un permiso de residencia basado en la concesión del estatuto de refugiado; los actos especialmente crueles, incluso si su comisión persigue un supuesto objetivo político, podrán catalogarse como delitos comunes graves;

c) se han hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la carta de las Naciones Unidas.

3. El apartado 2 se aplicará a las personas que inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en él, o bien participen en su comisión».

(22) MARTÍN ARRIBAS, J., *Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 91. RUEDA FERNÁNDEZ, C., «La aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados en el ordenamiento español: aspectos fundamentales», en *La revitalización de la protección de los refugiados*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pp. 326-327.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

Lamentablemente, la definición ha sido interpretada por las autoridades estatales con una óptica masculina, ello ha traído como consecuencia que la mayoría de las solicitudes presentadas por mujeres y homosexuales hayan pasado inadvertidas. No obstante, el análisis y el concepto de género y sexo dentro del contexto de refugiado han evolucionado de manera importante en la práctica de los Estados en general, y, por ende, en la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, son relevantes las Directrices sobre protección internacional, entre la que destaca la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados<sup>(23)</sup>; y en la que debe entenderse que la frase «persecución por motivos de género» se utiliza para referirse al conjunto de solicitudes, en las cuales el género representa una variable de relevancia en la determinación de la condición de refugiado. Por consiguiente, es un principio básico que la definición de refugiado debe interpretarse con una perspectiva de género, con el propósito de determinar apropiadamente las solicitudes de condición de refugiado<sup>(24)</sup>.

Bajo la definición de refugiado, como ya se ha apuntado, se infiere que no se hace referencia directa a la dimensión de género; sin embargo, es comúnmente aceptado que aquella pueda influir o determinar el tipo de persecución o daño causado y las razones de ese trato. Por consecuencia, la interpretación debidamente acertada debe abarcar las solicitudes por motivos de género. En este sentido, el ACNUR aboga por que no es necesario agregar un motivo más a la definición. No obstante, el legislador español añade este motivo de manera taxativa, siendo uno de los países pioneros en incorporarlo.

Los requisitos generales que hay que tener en cuenta para que encajen en el significado de refugiado son los siguientes:

- a) El sujeto debe ser extranjero<sup>(25)</sup> o apátrida y encontrarse fuera del país de origen o residencia habitual.
- b) La existencia de fundados temores de ser perseguido si regresa a su país.
- c) Las causas del temor fundado de persecución deben concretarse en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas y, por ende, de género.
- d) La existencia de una situación de desprotección objetiva, al no poder acogerse a la protección de su país, o subjetiva, que no quiera ampararse en ella a causa de fundados temores.

Hay que resaltar que tanto los apátridas como los refugiados gozan del nivel de protección nacional, y, por tanto, tienen derecho a que se les conceda la autorización de residencia y trabajo «por razones de protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional», cuando

---

(23) De fecha 7 de mayo de 2002.

(24) Principio que ha sido aprobado por la Asamblea General y por el Comité Ejecutivo del programa del ACNUR.

(25) Vid. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

son autorizados a permanecer en territorio español conforme a lo señalado en el artículo 37.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>(26)</sup>.

Paralelamente, se benefician en virtud de ciertas previsiones legales de una protección superior de nivel europeo. La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración<sup>(27)</sup>, contempla la concesión de residencia permanente a refugiados y apátridas. Ello les permite, además de no necesitar autorización de trabajo, acceder al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración<sup>(28)</sup>. Por su parte, el Reglamento Comunitario 883/2004<sup>(29)</sup>, al igual que el Reglamento 1408/1971, al que sustituye, contempla expresamente el ámbito subjetivo de aplicación, a los refugiados y apátridas en el artículo 1<sup>(30)</sup>.

### III. DIFERENCIAS ENTRE ASILO Y REFUGIO

Vistas las definiciones de asilo y refugio pueden extraerse sus diferencias. Un asilado es la persona que disfruta en la práctica de asilo —protección plena derivada de la soberanía estatal— que le haya otorgado un Estado, mientras que el refugio hace referencia a la concordancia de la situación de dicha persona con la definición de refugiado aceptada por el Derecho Internacional, a través de la Convención de Ginebra de 1951. En definitiva, el refugio se reconoce y el asilo se otorga o concede<sup>(31)</sup>. El Tribunal Internacional de Justicia,

---

(26) Art. 37 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria: «La no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinarán, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, salvo que, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo, se dé alguno de los siguientes supuestos: a) que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia; b) que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente». Por otra parte, la Ley de Asilo en la Disposición Transitoria Segunda señala que las «personas que hubieran obtenido una autorización para permanecer en España por razones humanitarias conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y en los términos de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 31 de su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, podrán beneficiarse del derecho a la protección subsidiaria previsto en esta Ley». Vid. SSTs de 18 de junio de 1999, 22 de marzo y 4 de octubre de 2000, 28 de julio de 2001, 28 de septiembre de 2002, 12 de mayo, 1 de julio, 2 y 29 de septiembre, 5, 13 y 20 de octubre, 3 de noviembre y 16 de diciembre de 2004, 25 de enero de 2005, 11 de febrero de 2007 y 22 de mayo de 2009.

(27) DOUE, serie L, núm. 16/44, de 23 de enero de 2004.

(28) CHARRO BAENA, P., «La doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre los derechos laborales y de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 347, 2012, pp. 119-146.

(29) Vid. SEMPETE NAVARRO, A., «Coordinadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2004.

(30) Acerca de la integración de estos colectivos véase, OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 216-220.

(31) GORTÁZAR ROTAECHE, C., «El Derecho de Asilo en la Constitución de 1978», en AA.VV. (coords. LÓPEZ DE LERMA, J., PRADA, A. y RUBIALES, A.), *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 962.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

en este sentido, ha manifestado que el derecho de asilo territorial implica «el normal ejercicio de la soberanía territorial y no precisa de otra justificación»<sup>(32)</sup>.

Dicho en otros términos, el refugio engloba una obligación internacional para el conjunto de países suscritos de la Convención de Ginebra; y el asilo depende exclusivamente de la voluntad del Estado, y vendrá a ser una específica aplicación en su territorio de esa obligación<sup>(33)</sup>.

## IV. DEFINICIÓN DE INDICIOS SUFICIENTES

El Alto Tribunal ha delimitado el concepto de indicios suficientes al establecer que existen dos requisitos para que se abra el trámite de asilo. Por un parte, el requisito positivo, que corresponde a la descripción de una persecución; y, por otra, el requisito negativo, que se basa en la inexistencia de una manifiesta falsedad o inverosimilitud. Por ello, el órgano jurisdiccional y la Administración Pública no deben juzgar, en fase de admisión a trámite, si existen indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato describe una persecución, al igual que si es o no manifiestamente falso o inverosímil, lo que es suficiente para que la solicitud merezca el trámite.

En este sentido, existe doctrina jurisprudencial reiterada de que procede otorgar la condición de refugiado y el consiguiente derecho de asilo a quien tiene fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, cuando tal persecución provenga de sectores de la población cuya conducta sea deliberadamente tolerada por las Autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz<sup>(34)</sup>.

---

(32) Asunto relativo al asilo diplomático del peruano Víctor Raúl Haya de la Torre. TIJ Reports, 1950.

(33) YÁÑEZ VELASCO, R., *Refugio y asilo político. Conceptos y problemas jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2002.

(34) Para la concesión del asilo bastan indicios suficientes de que «el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Ahora bien, la sentencia de instancia no ha infringido la jurisprudencia de esta Sala, al contrario, asume expresamente dicha doctrina. Su pronunciamiento desestimatorio no descansa, realmente, en la exigencia de una prueba plena, de mayor entidad que la de los indicios. Descansa, por el contrario, en la conclusión de que el relato expuesto por el actor no refería una persecución protegible. No se trata, pues, de que no hubiera probado suficientemente lo relatado, sino que lo relatado no servía a los efectos pretendidos» (STS, Sala de lo Contencioso, de 7 de abril de 2006). «Los relatos que hizo el actor al pedir el asilo y al pedir el reexamen, se deduce en principio una persecución continua y sistemática realizada por su madre (y del grupo terrorista a que ésta al parecer pertenece), con intento de secuestro incluido, a fin de lograr que D. Francisco acceda a integrarse en ese grupo terrorista, lo que le produce el consiguiente temor, acrecentado sin duda por el parentesco próximo de quien lo auspicia. Y ello es suficiente al menos para que la solicitud sea admitida a trámite, y se investigue en el procedimiento administrativo si concurren los requisitos para poder otorgar el asilo» (STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de diciembre de 2005). El «examen del relato del interesado no permite calificarlo de manifiestamente falso o inverosímil. Más bien al contrario, puede decirse que aquel relato es posible, aunque luego, en la tramitación del expediente, acaso no se aporten los indicios suficientes para una resolución final favorable. La Administración achaca a esta petición de asilo, y al relato de hechos en que se basa, que es genérico e impreciso, pero el supuesto carácter genérico de su relato no puede decirse que sea tan manifiesto como para determinar la inadmisión a trámite de su petición, pues al fin y al cabo el solicitante no deja de aportar datos concretos sobre la persecución que dice haber sufrido, anotando fechas, lugares y datos de personas concretas, en términos que justifican, al menos, esa admisión. Las razones esgrimidas por la Administración, primero, y por la sentencia de instancia, después, para justificar la inadmisión a trámite, son razones de fondo, que quizá podrán justificar una denegación de la solicitud de asilo, pero que no pueden invocarse para justificar

V. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
BAJO LA ÓPTICA JURISPRUDENCIAL

La Constitución Española, en el artículo 13.4, remite a la Ley para establecer los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas pueden gozar del derecho de asilo en España<sup>(35)</sup>. En este sentido, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de Estados no miembros de la UE, así como los apátridas, puedan disfrutar en territorio español la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria.

La Convención de Ginebra, en el artículo 33, señala una prohibición de expulsión y de devolución, para los Estados contratantes con relación a los refugiados, a los territorios donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. En este sentido, desde la perspectiva del Derecho Internacional, el asilo se configura como un mecanismo legal de protección para la defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos, por las causas que enumera la Convención<sup>(36)</sup>.

El asilo se configura como un instrumento legal de protección para la defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos por las causas que ya se han enumerado. En este sentido, el Alto Tribunal ha determinado la forma y las condiciones en la que ha de obrar la Administración Pública para que su actuación en materia de asilo se ajuste al ordenamiento jurídico, al precisar las siguientes particularidades<sup>(37)</sup>:

- a) El otorgamiento de la condición de refugiado, a que se refiere la Ley de Asilo, aunque de aplicación discrecional, no es una decisión arbitraria ni graciable<sup>(38)</sup>.
- b) Para determinar si la persona debe tener la condición de refugiado no basta ser emigrante, dado que debe existir persecución.
- c) El examen y la apreciación de las circunstancias que determinan la protección no ha de efectuarse con criterios restrictivos, so pena de convertir la prueba de tales circunstancias en difícil, si no imposible, por lo que ha de bastar una convicción racional de que concurren para que se obtenga la declaración pretendida; es decir, que existan indicios suficientes<sup>(39)</sup>.

---

la inadmisión a trámite de la solicitud sin dar al solicitante la oportunidad de acreditar los hechos relatados. Añádase que la falta de verosimilitud del relato, que la sentencia funda esencialmente en las facilidades que, según dice encontró el recurrente para huir de su país de origen, es un argumento inconsistente si se tiene en cuenta que la solicitud se refería no solo al marido, sino también a la esposa, quien, a la vista del relato, mal puede decirse que había encontrado facilidades para salir de Irán» (STS, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2005).

(35) STS de 22 de junio de 2012.

(36) SAN de 13 de enero de 2009.

(37) SSTS de 4 de marzo, 10 de abril, 18 y 19 de julio de 1989 y 13 de noviembre de 2000.

(38) STS de 4 de marzo de 1989.

(39) SSTS de 4 de marzo, 10 de abril y 18 de julio de 1989 y 4 de febrero de 1997.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

- d) Para obtener la condición de refugiado no es suficiente la mera alegación de haber sufrido persecución, cuando ésta carece de toda verosimilitud o no viene avalada por mínimos indicios que se ajusten a la realidad<sup>(40)</sup>. Por consiguiente, para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico, opiniones o actividades políticas o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento de asilo, basta que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos la Ley 12/2009. Pero es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución<sup>(41)</sup>.
- e) Debe existir una persecución, y un temor fundado y racional por parte del perseguido (elemento objetivo y subjetivo) para quedar acogido a la situación de refugiado<sup>(42)</sup>.

El Alto Tribunal ha establecido una jurisprudencia consolidada respecto de los supuestos en que se recurre en vía contencioso-administrativa la denegación de la solicitud de reconocimiento de derecho de asilo. En este sentido, «es visto cómo deviene obligada la aplicación de nuestra reiterada doctrina, que por razón de su misma reiteración es ocioso citar en concreto, según la cual si ciertamente no es exigible para la concesión de asilo o de la condición de refugiado la acreditación mediante una prueba plena o absoluta de los

---

(40) «La jurisprudencia que se invoca en la demanda (sentencias de 9 de mayo y 28 de septiembre de 1988 y 10 de abril de 1989) ha sido superada por la que mantiene, de conformidad con lo prevenido en el artículo 8 de la Ley 5/1984, que para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico, u opiniones o actividades políticas, o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento del asilo, bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 del artículo 3 de la citada Ley 5/1984. Pero es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución. En este sentido, con uno u otro matiz, se pronuncian las sentencias de esta Sala de 21 de mayo de 1991, 30 de marzo de 1993 (dos sentencias de la misma fecha) y 23 de junio de 1994, todas posteriores a las alegadas por el recurrente». SSTs de 19 de junio de 1998, 2 de marzo de 2000, 19 de junio y 17 de septiembre de 2003. *Vid.* KAHALE CARRILLO, D., «El significado de los indicios suficientes como requisito para la admisión a trámite en un procedimiento de asilo», *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 285, 2006, pp. 95-102.

(41) STS de 19 de junio de 1989.

(42) Le «lleva a esgrimir la doctrina de los “fundados temores”, según la cual a los hechos objetivos deducidos de la realidad política y social del país han de añadirse aquellos que, subjetivos en la persona pero objetivos a su vez en su determinación, producen indicios suficientes para dar por probada la realidad sobre el peligro que pueda correr el interesado de haber quedado en su país o de verse obligado a retornar al mismo. Dicho silogismo carece de aplicabilidad al caso que enjuiciamos porque la realidad política y social de país no es la que afirma la demandante sino la que se deduce de los informes de la Embajada de España y del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, de manera que los temores de aquélla no tiene como fundamento real y objetivo la situación de persecución por sostener determinadas opiniones o actividades políticas». STS de 8 de noviembre de 1993.

hechos alegados por el peticionario, pues basta con aportar meros indicios, no cabe aquel reconocimiento jurisdiccional pretendido, cuando ni siquiera son de apreciar, según sucede en el supuesto ahora enjuiciado, los aludidos indicios de los que pueda deducirse la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos prescritos por el legislador, al modo que los señala el Tribunal de instancia, y adviértase en fin que las meras declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas como indicio suficiente de la persecución alegada, cuando carecen de todo punto de referencia o contraste, y que el informe emitido por Amnistía Internacional, solo se refiere, en términos de generalidad, a la situación general de Angola, sin establecer particulares circunstancias relacionadas con el recurrente susceptibles de amparar el derecho de asilo, más aún cuando ni siquiera consta la pertenencia del mismo a grupo que pudiese dar lugar a presumir posibles persecuciones»<sup>(43)</sup>.

De igual manera, ha declarado que «la Posición Común de la Unión Europea el 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo Europeo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, conforme al artículo primero de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado en Bruselas, pone de manifiesto que la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas»<sup>(44)</sup>.

## VI. DIFERENCIAS ENTRE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO Y LA AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

Existe una cierta equivalencia entre dos instituciones jurídicas diferenciadas. Por un lado, la concesión del derecho de asilo y, por ende, la obtención del estatuto de refugiado. Por otro, la autorización de permanencia en España por razones humanitarias de aquellas personas a quienes les han denegado la petición de asilo. No obstante, se trata de instituciones jurídicas diferenciadas que se ponen en evidencia por el hecho de que la autorización de permanencia en España, al amparo de la Ley 12/2009, se contempla precisamente para el supuesto de que la petición de asilo haya sido inadmitida a trámite o rechazada; lo que implica que la denegación del asilo, o la inadmisión a trámite de la solicitud, no determina fatalmente el rechazo de la autorización de permanencia por razones humanitarias, sino que, muy al contrario, abre la puerta al examen de esta posibilidad.

El Tribunal Supremo ha señalado que «nos hallamos ante cuestiones diferenciadas, por más que ambas se encuentren relacionadas y se regulen en la misma Ley de Asilo 5/1984. Una cosa es, en efecto, la concesión o denegación del asilo (o, en su caso, la

---

(43) SSTS de 19 de junio y 17 de septiembre de 2003.

(44) STS de 20 de septiembre de 2002.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

inadmisión a trámite de la solicitud por aplicación de las concretas causas previstas en el artículo 5.6 de la Ley, tras la reforma de 1994), y otra cosa es que aun habiéndose inadmitido a trámite o denegado la solicitud de asilo, se pueda autorizar la permanencia en España del solicitante en los propios términos previstos en el precitado artículo 17.2, esto es, en el marco de la legislación general de extranjería y en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país. Por eso, la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo puede ser ajustada a Derecho, y sin embargo resultar jurídicamente viable la autorización de residencia en España conforme a lo dispuesto en este precepto»<sup>(45)</sup>.

De igual manera, según el supuesto anterior, aun constatándose que no concurren las circunstancias y requisitos necesarios para la obtención del derecho de asilo, el Alto Tribunal ha declarado el derecho del solicitante a beneficiarse de la regla del artículo 26.2 de la Ley 12/2009<sup>(46)</sup>. En los mismos términos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado que en el ámbito genérico de la protección internacional existen dos regímenes distintos de protección, a saber, por un lado, el estatuto de refugiado, y, por otro, el estatuto que confiere la protección subsidiaria; cuyos ámbitos respectivos de protección no deben equipararse<sup>(47)</sup>. Así lo ha entendido la misma Administración Pública, que en numerosas ocasiones, aun inadmitiendo la petición de asilo, o denegando el asilo, ha reconocido el derecho del solicitante a beneficiarse de la posibilidad del artículo 26.2<sup>(48)</sup>.

Esta diferente caracterización del reconocimiento del derecho de asilo y de la autorización de permanencia por razones humanitarias se pone de relieve por la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes que ha de emplearse en uno y otro caso. En efecto, cuando se trata de valorar la concesión del asilo y el consiguiente reconocimiento del derecho a la obtención del estatuto de refugiado, adquiere una relevancia primordial la valoración del relato personal de persecución expuesto por el solicitante de asilo, pues según jurisprudencia constante las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante, por ejemplo, no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por alguno de aquellos motivos; pues de otra manera todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución.

De este modo, por mucho que se haya acreditado, a través de una información contrastada, objetiva y veraz sobre el país de origen, que este se halla sumido en una situación de convulsión interna, aun así, si el relato del solicitante resulta inverosímil o se acredita su falsedad, o a través de él se exponen hechos que como tales no resultan constitutivos de una

---

(45) STS de 4 de noviembre de 2005.

(46) STS de 24 de febrero de 2012.

(47) STJUE, Gran Sala, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08, C- 176/08 y C- 179/08.

(48) STS de 10 de octubre de 2011.

persecución protegible o carecen de una mínima acreditación, al menos a nivel indiciario, el asilo podrá ser legítimamente denegado<sup>(49)</sup>.

Cuando se trata de valorar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias no se requiere la constatación de una persecución individual, que en caso de acreditarse suficientemente daría lugar sin más a la concesión del asilo, sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él; que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen, que permitirá aportar datos idóneos para valorar la posible aplicación de la situación de los «conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso»<sup>(50)</sup>. Dicho en otras palabras, se precisa la revelación de unas «circunstancias personales del solicitante de suficiente entidad cualitativa para estimar su pretensión por causas humanitarias»<sup>(51)</sup>.

En definitiva, el sistema de protección de asilo español ofrece la posibilidad de otorgar protección por razones humanitarias a través de dos posibilidades de examen<sup>(52)</sup>:

- a) La recogida en el artículo 37 de la Ley 12/2009, que se refiere a las razones humanitarias relacionadas, vinculadas o conectadas a una situación de riesgo, conflicto, inestabilidad o peligro para los derechos básicos de la persona solicitante en su lugar de procedencia. Aquí se mantiene la tradicional vinculación entre las razones humanitarias y las causas de asilo. De igual manera, el artículo 46 de aquella norma señala que por razones humanitarias diferentes de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, específicamente a los siguientes colectivos: menores, menores no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos.
- b) La vinculación con las causas de asilo ya no es determinante, dado que se refiere a cualquier caso en que, a la vista de las circunstancias personales del solicitante, se

---

(49) Supuesto que atribuye a la «Administración la facultad de dictar una resolución semejante, esto es, de inadmisión a trámite, cuando “la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección”. Precisemos, aún más, que de los tres supuestos que cabe diferenciar en la norma transcrita (falsedad manifiesta, inverosimilitud o pérdida sobrevenida de la necesidad de protección), la Administración apreció que concurría el segundo de ellos. Afirmó, así, que la solicitud está basada en alegaciones manifiestamente inverosímiles. Siendo ello así, lo lógico hubiera sido que el escrito de interposición de este recurso de casación denunciara la infracción de dicho precepto. He aquí, sin embargo, que este artículo —el art. 5.6.d) de la Ley de Asilo— no se cita a lo largo del desarrollo de ese único motivo casacional. Empero, de esta defectuosa articulación del motivo de casación no se sigue —en el presente caso— la procedencia de su desestimación, puesto que la lectura íntegra del motivo revela con evidencia que el recurrente centra debidamente la cuestión en torno a la verosimilitud de su relato y la innecesariedad de prueba del mismo cuando nos encontramos en trámite de admisión de una solicitud de asilo, planteando, en suma, la correcta interpretación y aplicación del artículo 5.6.d) tan citado» (STS de la Sala de lo Contencioso de 4 de noviembre de 2005).

(50) STS de 8 de julio de 2011.

(51) STS de 16 de enero de 1990.

(52) STS de 24 de febrero de 2012.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

aprecie en el mismo expediente de asilo la existencia de razones de índole humanitaria, concepto jurídico indeterminado que siempre puede adquirir concreción en atención a las circunstancias del caso, que justifiquen el uso de esta posibilidad para dar una solución justa a la vista de las circunstancias vitales de la persona solicitante.

### VII. SITUACIÓN DETERMINANTE PARA RESOLVER LA AUTORIZACIÓN POR RAZONES HUMANITARIAS: ¿FECHA DE LA SOLICITUD DE ASILO O LA FECHA EN QUE SE DICTA LA RESOLUCIÓN?

El Tribunal Supremo ha señalado, en el siguiente supuesto, que ciertamente al tiempo de la solicitud de asilo por parte del actor en la instancia, en 2007, la situación de ese país de origen mostraba signos favorables de estabilización que permitían por aquel entonces acordar la devolución a dicho país, habiéndose pronunciado en tal sentido el informe del mismo ACNUR. No obstante, durante la tramitación procesal de la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa, esa situación social que mostraba signos positivos se invirtió, derivando de nuevo hacia un empeoramiento significativo, no inhabitual en muchos países donde, tras un enfrentamiento social generalizado, las instituciones jurídicas y políticas son muy frágiles y los procesos de pacificación presentan constantes avances y retrocesos<sup>(53)</sup>.

Ello plantea el problema de si a la hora de resolver sobre la autorización de permanencia en España por razones humanitarias debe atenderse exclusivamente a la situación existente al tiempo de la solicitud de asilo (año 2007), conforme al principio *tempus regit actum*, o si también ha de tomarse en consideración la situación realmente existente en el momento en que se dicta la resolución judicial de instancia (año 2011). Bajo este contexto, el Alto Tribunal señala que la respuesta a este interrogante ha de resolverse a favor de la segunda opción.

En efecto, el espíritu y la finalidad de la protección humanitaria es proporcionar al solicitante de asilo un mecanismo de protección y salvaguardia frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen por causa de la situación general de conflicto o desprotección de los derechos humanos en él<sup>(54)</sup>. Desde esta perspectiva, ese espíritu y la finalidad de la Ley se vería frustrado e incluso transgredido si, so pretexto de que la situación del país al tiempo de la solicitud era aceptable, se ignorara o dejara de lado el dato debidamente acreditado de que esa situación ha evolucionado a peor con posterioridad; hasta el punto de desaconsejar el retorno en el momento preciso en que se resuelve sobre el recurso jurisdiccional promovido frente a la resolución administrativa denegatoria. Concluyentemente, si se atendiera únicamente a esa situación inicial, que puede retrotraerse a años atrás, y se prescindiera de la vigente al tiempo de la resolución del recurso, el sistema de la normativa de protección internacional será reducido a una mera apariencia formal, deviniendo respuesta jurisdiccional ajena a la realidad.

---

(53) STS de 22 de junio de 2012.

(54) Vid. CHUECA SANCHO, A. (coord.), *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

Por eso, la propia normativa de asilo insiste en la necesidad de que la información sobre el país de origen sea una información actualizada<sup>(55)</sup>, y así, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado<sup>(56)</sup>, establece en su artículo 8 que los Estados de la Unión deberán garantizar que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo del ACNUR, respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes, conteniéndose una regla similar en el artículo 38 en cuanto concierne a la retirada del estatuto de refugiado<sup>(57)</sup>.

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiere al cambio de circunstancias en el país de origen, como más adelante se verá, con unas consideraciones que aun referidas a la concesión del asilo son extensibles, con mayor razón y fundamento, a la protección humanitaria, admitiendo la posibilidad de tomar en consideración circunstancias sobrevenidas para mantener la protección internacional concedida, aun cuando hayan cesado las que inicialmente determinaron la concesión de esa protección<sup>(58)</sup>. Dicho en otros términos, el estatuto de refugiado, en efecto, se puede perder; es decir, que deja de ser aplicable al beneficiario lo dispuesto en la Convención de Ginebra. Por tanto, el cese del estatuto de refugiado se materializará por la concurrencia, entre otras, de la siguiente causa: al no poder continuar negándose a la protección del país de su nacionalidad por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocido como

---

(55) *Vid.* artículo 45 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

(56) DOUE, serie L, núm. 326, de 13 de diciembre de 2005.

(57) Artículo 38 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado: «1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando la autoridad competente esté estudiando la posibilidad de retirar el estatuto de refugiado de un nacional de un tercer país o apátrida de conformidad con el artículo 14 de la Directiva 2004/83/CE, la persona afectada disfrute de las siguientes garantías:

a) ser informada por escrito de que la autoridad competente está reconsiderando su derecho al estatuto de refugiado, así como de los motivos de dicha reconsideración, y

b) tener la oportunidad de exponer, en audiencia personal de conformidad con el artículo 10, apartado 1, letra b), y con los artículos 13 y 14, o mediante escrito de alegaciones, los motivos por los cuales no se debe revocar su estatuto de refugiado; además, los Estados miembros garantizarán que, dentro del marco de dicho procedimiento:

c) la autoridad competente pueda obtener información precisa y actualizada de diversas fuentes, como por ejemplo, cuando proceda, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), sobre la situación general existente en los países de origen de las personas afectadas, y

d) cuando se recopile información sobre el caso concreto con objeto de reconsiderar el estatuto de refugiado, dicha información no se obtendrá de los responsables de la persecución de modo tal que dé lugar a que dichos responsables sean informados directamente de que la persona interesada es un refugiado cuyo estatuto está siendo reconsiderado, ni se pondrá en peligro la integridad física de la persona interesada y de las personas a su cargo, ni la libertad y la seguridad de sus familiares que aún vivan en el país de origen.

2. Los Estados miembros dispondrán que se informe por escrito de la decisión de la autoridad competente de retirar el estatuto de refugiado. En la decisión se expondrán los motivos de hecho y de derecho y se informará por escrito sobre las vías para la impugnación de la decisión.

3. Una vez la autoridad competente haya resuelto revocar el estatuto de refugiado, serán aplicables asimismo el artículo 15, apartado 2, el artículo 16, apartado 1, y el artículo 21.

4. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, apartados 1, 2 y 3, los Estados miembros podrán decidir que el estatuto de refugiado expirará de oficio en caso de cese de conformidad con el artículo 11, apartado 1, letras a) a d), de la Directiva 2004/83/CE, o si el refugiado ha renunciado inequívocamente a su reconocimiento como refugiado».

(58) STJUE de 2 de marzo de 2010.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

refugiado. El cual el Estado tendrá en cuenta si el cambio de circunstancias es lo suficientemente significativo, sin ser de carácter temporal, como para dejar de considerar fundados los temores del refugiado a ser perseguido<sup>(59)</sup>.

Aquella causa es una traspolación de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Bajo este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que dicho motivo debe interpretarse de la siguiente manera:

- a) Una persona pierde su condición de refugiado cuando, debido a un cambio de circunstancias significativo y que no sea de carácter provisional, producido en el país tercero de que se trate, hayan desaparecido las circunstancias que justificaron el temor de esa persona a ser perseguida por alguno de los siguientes motivos: raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social (en virtud de las cuales fue reconocida en su día como refugiado), y tampoco tiene otros motivos para temer ser perseguida, en el sentido de esta misma disposición.
- b) A efectos de determinar si existe un cambio de circunstancias, las autoridades competentes deberán verificar, con relación a la situación individual del refugiado, que el agente o agentes (Estado o partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio) han tomado medidas razonables para impedir la persecución; que, de este modo, disponen, en particular, de un sistema judicial eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución, y que el nacional interesado tendrá acceso a dicha protección en caso de que cese su estatuto de refugiado.
- c) Entre aquellos agentes de protección pueden incluirse las organizaciones internacionales que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, incluso a través de la presencia de una fuerza multinacional en el territorio del país tercero.
- d) En el supuesto de que hayan desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales se reconoció el estatuto de refugiado y las autoridades competentes del Estado miembro comprueben que no existen otras circunstancias que justifiquen el temor de la persona afectada a ser perseguida, ya sea por el mismo motivo que concurrió en un primer momento o por cualquier otro de los motivos el criterio de probabilidad que ha de aplicarse para valorar el riesgo resultante de esas otras circunstancias, sea el mismo criterio utilizado en el momento en que se reconoció el estatuto de refugiado.
- e) La valoración de hechos o circunstancias como el que un solicitante ya haya sufrido persecución o daños graves o recibido amenazas directas de sufrir tal persecución o tales daños constituirá un indicio serio de los fundados temores a ser perse-

---

(59) Artículo 42 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

guido o del riesgo real de sufrir daños graves, salvo que existan razones fundadas para considerar que tal persecución o daños graves no se repetirán, se valorarán en la medida en que proporcione indicaciones sobre el alcance, en términos probatorios, de actos o amenazas de persecución anteriores, puede resultar aplicable cuando las autoridades competentes contemplen la posibilidad de revocar el estatuto de refugiado cuando ya no puedan continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fueron reconocidos como refugiados, y el interesado, para justificar la persistencia de un temor de persecución fundado, invoque circunstancias distintas de aquellas en cuya virtud se reconoció su condición de refugiado. Sin embargo, normalmente solo sucederá así cuando el motivo de persecución sea diferente del que se tuvo en cuenta en el momento de conceder el estatuto de refugiado y siempre que existan actos o amenazas de persecución anteriores que estén relacionados con el motivo de persecución examinado en esta fase.

Finalmente, el legislador ha señalado que el cese en la condición de refugiado no impedirá que el extranjero continúe con la autorización de residencia en España, siempre que siga cumpliendo lo dispuesto en la normativa de extranjería e inmigración. Por tanto, se deberá tener en cuenta el período de tiempo que el interesado haya residido legalmente en territorio español, antigüedad que le computará, en su caso, para obtener la nacionalidad por residencia. Por las mismas razones, el Alto Tribunal ha señalado que no tiene sentido denegar la protección humanitaria si se constata a través de fuentes de información objetivas y contrastadas que la situación del país de origen ha evolucionado, desde la presentación de la solicitud de asilo hasta el tiempo de resolverse el recurso, de tal forma que obliga a proteger al solicitante en el sentido precisamente contemplado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>(60)</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

Las conclusiones más relevantes que se han obtenido son las siguientes:

- a) La definición de derecho de asilo dada por el artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se ha criticado por no incluir a los nacionales de Estados miembros de la UE. No obstante, se entiende que la Unión Europea se consolida, cada vez más, como un espacio único de libertad, seguridad y justicia para todos los europeos, ya que fortalece la libre circulación de sus residentes para que puedan transitar y elegir su lugar de residencia y trabajo y, por ende, el pleno ejercicio de sus derechos.
- b) La definición de refugiado proporcionada por la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y

---

(60) STS de 22 de junio de 2012.

## II. ASILO Y AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS

---

al contenido de la protección concedida, presenta zonas grises a la hora de su adopción en vista de que fue estipulada para respetar la noción de soberanía estatal, más propia del Derecho Internacional clásico que del contemporáneo, la filosofía individualista que subyace en el dispositivo que regula para dar cobijo a todo refugiado y la falta de previsión de las necesidades futuras a cubrir.

- c) En cuanto a las diferencias entre asilo y refugio, un asilado es la persona que disfruta en la práctica del asilo que le haya otorgado un Estado, mientras que el refugio hace referencia a la concordancia de la situación de dicha persona con la definición de refugiado aceptada por el Derecho Internacional, a través de la Convención de Ginebra de 1951. Por consecuencia, el refugio se reconoce y el asilo se otorga o concede.
- d) El Tribunal Supremo ha delimitado el concepto de indicios suficientes al establecer que existen dos requerimientos para que se abra el trámite de asilo: a) Requisito positivo, que corresponde a la descripción de una persecución, b) Requisito negativo, que se basa en la inexistencia de una manifiesta falsedad o inverosimilitud. Por ello, el órgano jurisdiccional y la Administración Pública no deben juzgar, en fase de admisión a trámite, si existen indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato describe una persecución, al igual que si es o no manifiestamente falso o inverosímil, lo que es suficiente para que la solicitud merezca el trámite.
- e) La condición de refugiado y la autorización de permanencia por razones humanitarias son dos instituciones jurídicas diferenciadas que se ponen en evidencia por el hecho de que la autorización de permanencia en España, al amparo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se contempla precisamente para el supuesto de que la petición de asilo haya sido inadmitida a trámite o rechazada; lo que implica que la denegación del asilo, o la inadmisión a trámite de la solicitud, no determina fatalmente el rechazo de la autorización de permanencia por razones humanitarias, sino que, muy al contrario, abre la puerta al examen de esta posibilidad.
- f) El sistema de protección de asilo español ofrece la posibilidad de otorgar protección por razones humanitarias mediante dos posibilidades de examen: a) La recogida en los artículos 37 y 46 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; b) La vinculación con las causas de asilo ya no es determinante, ya que se refiere a cualquier caso en que, a la vista de las circunstancias personales del solicitante, se aprecie en el mismo expediente de asilo la existencia de razones de índole humanitaria que justifiquen el uso de esta posibilidad para dar una solución justa a la vista de las circunstancias vitales de la persona solicitante.
- g) El espíritu y la finalidad de la protección humanitaria es proporcionar al solicitante de asilo un mecanismo de protección y salvaguardia frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen por causa de la situación general de conflicto o desprotección de los derechos humanos en el mismo.
- h) En cuanto a la situación determinante para resolver la autorización por razones humanitarias —es decir, si debe atender exclusivamente a la situación existente

al tiempo de la solicitud de asilo, conforme al principio *tempus regit actum*, o si ha de tomarse en consideración la situación realmente existente en el momento en que se dicta la resolución judicial de instancia—, el Tribunal Supremo ha señalado que prevalece la última opción. La propia Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en el artículo 45, insiste en la necesidad de que la información sobre el país de origen sea una información actualizada. Dicho en otros términos, la autoridad competente puede obtener información precisa y actualizada de diversas fuentes, como por ejemplo, del ACNUR, sobre la situación general existente en los países de origen de las personas afectadas.

### III. PERÚ: HACIA UNA POLÍTICA INTEGRAL SOBRE EL RETORNO. COMENTARIO DE LA LEY 30001, LEY DE REINSERCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL PARA EL MIGRANTE RETORNADO

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)*

JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR

*Profesor principal de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo, Perú)*

#### RESUMEN

**Perú: Hacia una política integral sobre el retorno. Comentario de la Ley 30001, Ley de Reinserción económica y social para el migrante retornado**

En los últimos años, el Estado peruano ha mostrado un creciente interés en desarrollar una política migratoria desde la protección de los derechos humanos. Esta preocupación le ha llevado a adoptar una política específica sobre retorno, que se enmarca en la línea que se está siguiendo en algunos países de la región andina y que concibe el retorno como una fase más del proyecto migratorio. La Ley Núm. 30001, Ley de Reinserción Económica y Social para el migrante retornado pretende superar la normativa anterior centrada básicamente en el retorno productivo y en incentivos aduaneros, adoptando medidas que contemplan el retorno de peruano migrantes desde una perspectiva integral, actuando en los ámbitos laboral, educativo, familiar y social. A la espera de su desarrollo reglamentario que aquilate su verdadero alcance, los principios sobre los que se sustenta la nueva norma y los compromisos asumidos no pueden sino ser bienvenidos.

**Palabras clave:** Movimientos migratorios, política migratoria, inmigrantes, retorno, retorno productivo.

#### ABSTRACT

**Perú: Towards an integrated policy about the return. Review of Law 30001, Law of Economic and social reintegration for migrants returning**

In recent years, the Peruvian State has shown a growing interest on developing an immigration policy from the protection of human rights. This concern has led it to adopt a specific policy about return, which is part of the line that is being followed in some countries of the Andean region and sees the return as another phase of the migration project. Law No. 30001, Law of Economic and Social Reintegration for migrants returning seeks to overcome the previous legislation focused mainly on the productive return and customs incentives, through measures that include the return of Peruvian migrants from a holistic perspective, working on the labor, educational, family and social sectors. Pending of its regulatory development to clarify its full extent, the principles that underpin the new Law and its commitments only can be welcomed.

**Key words:** Migration, immigration policy, immigrants, return, productive return.

-----

## SUMARIO

- I. BREVE PERFIL DE LA INMIGRACIÓN PERUANA.
  - II. HACIA UNA POLÍTICA INTEGRAL SOBRE MIGRACIONES EN EL PERÚ.
  - III. EL RETORNO COMO FASE INTEGRANTE DEL PROCESO MIGRATORIO. EL CASO DEL PERÚ.
  - IV. LEY NÚM. 28182, DE INCENTIVOS MIGRATORIOS.
  - V. LEY NÚM. 30001, LEY DE REINSERCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL PARA EL MIGRANTE RETORNADO.
- 

### I. BREVE PERFIL DE LA INMIGRACIÓN PERUANA

A principios de los años 90 el Perú se consolida como país emisor de migrantes<sup>(1)</sup>, fundamentalmente motivado por la reacción social ante las precariedades del Estado y las limitaciones del mercado interno; no en vano gran parte de los inmigrantes internacionales de hoy son descendientes de emigrantes internos en el pasado que, al igual que sus antepasados, migran en búsqueda de oportunidades de desarrollo<sup>(2)</sup>.

En un excelente informe elaborado por SÁNCHEZ AGUILAR para la OIM titulado *Perfil Migratorio del Perú 2010*, se señala que en la actualidad los diez países de destino con el mayor número de peruanos son EE.UU. (30,6%), Argentina (14%), España (13%), Italia (10,3%), Chile (9,3%), Japón (3,7%), Venezuela (3,1%), Bolivia (2,7%), Brasil (2%) y Ecuador (1,7%)<sup>(3)</sup>.

Por su parte, el Informe núm. 146 de la Defensoría del Pueblo<sup>(4)</sup> advierte que entre 1990 y 2007 dos millones de peruanos salieron del país para residir en el extranjero, siendo los principales motivos de su decisión los de índole económica y familiar. Esta inmigración se caracteriza por ser mayoritariamente femenina (53,3%), joven/adulta (el 67,3% fluctúa entre los 20 y 39 años) y proviene de sectores socioeconómicos de ingresos medios y medios/bajos (63,2%)<sup>(5)</sup>.

---

(1) ALTAMIRANO, T., *Remesas y nueva «fuga de cerebros». Impactos transnacionales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, citado por el Informe Defensorial núm. 146 Migraciones y Derechos Humanos, 2010, pp. 36-37.

(2) VEGA CABIESES, J.A., «Hacia la construcción de una política integral de gestión migratoria en el Perú». *Tukuymigra* núm. 5, 2011, p. 4.

(3) Estadísticas de la migración internacional de peruanos 1990-2007. OIM/INEI/DIGEMIN.

(4) DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Migraciones y Derechos Humanos. Supervisión de las políticas de protección de los peruanos migrantes*. Informe núm. 146, 2010, p. 179 (<[http://www.mintra.gob.pe/migrante/pdf/migracion\\_derechos\\_humanos-supervicion.pdf](http://www.mintra.gob.pe/migrante/pdf/migracion_derechos_humanos-supervicion.pdf)>).

(5) ALFARO ARAMAYO, Y. e IZAGUIRRE VALDIVIESO, L., «Migración de retorno en la región andina: Hacia una agenda de investigación». *Tukuymigra* núm. 6, 2011, p. 38, afirman que la migración peruana es de carácter

### III. PERÚ: LEY 30001. REINSERCIÓN PARA EL MIGRANTE RETORNADO

---

#### II. HACIA UNA POLÍTICA INTEGRAL SOBRE MIGRACIONES EN EL PERÚ

Durante mucho tiempo, el fenómeno de la inmigración ha tenido en el Perú un papel marginal dentro de las agendas políticas<sup>(6)</sup>, a pesar del incremento de la migración, fundamentalmente internacional. Sin embargo, desde hace unos años el Estado peruano ha mostrado un creciente interés. El Informe defensorial núm. 146, *Migraciones y Derechos Humanos. Supervisión de las políticas de los derechos de los peruanos migrantes*, de 2010, es una buena muestra de ello. En el referido informe se pone de manifiesto que hasta el momento en el Perú se ha desarrollado una política migratoria «que ha privilegiado, básicamente, la perspectiva de seguridad frente a la inmigración, así como la protección y atención de los nacionales que deciden emigrar al extranjero»<sup>(7)</sup>. Pero llama la atención acerca de la oportunidad de avanzar hacia la implementación de una política integral en materia de migraciones que, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, comprenda tanto a los migrantes peruanos como a los extranjeros que migran al Perú, en cada una de las etapas del proceso migratorio.

A juicio de la Defensoría del Pueblo, dicha política integral debería contener, al menos, medidas destinadas a asegurar una migración segura y ordenada y los derechos laborales de los migrantes, independientemente de su nacionalidad y condición migratoria, incorporar la perspectiva de género y medidas especiales de protección de niños y niñas, combatir la trata y el tráfico ilegal de personas, establecer programas de regularización migratoria y de retorno y reinserción, así como asegurar un trato igualitario para la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

De entre todas las medidas anteriormente señaladas, estas breves páginas se centrarán en la línea relativa al establecimiento de programas de retorno y reinserción, con ocasión de la aprobación de la reciente Ley núm. 30001, Ley de Reinserción Económica y Social para el Migrante Retornado.

#### III. EL RETORNO COMO FASE INTEGRANTE DEL PROCESO MIGRATORIO. EL CASO DEL PERÚ

El derecho al retorno queda consagrado en los grandes pactos internacionales. Así, en el párrafo 2.º del art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, y en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares de 1990. En este último instrumento internacional, además, se establece el deber de los

---

principalmente laboral y que en los últimos años ha diversificado destinos y perfiles de los inmigrantes, con un claro aumento de la inmigración femenina como pioneras de las cadenas migratorias.

(6) Expresivamente lo señala IZAGUIRRE, L., «De la relativa ausencia a la creciente presencia: la migración de retorno en el escenario de la Región Andina. Los casos de Perú y Ecuador», Ponencia presentada al IV Congreso de la Red Internacional Migración y Desarrollo *Crisis global y estrategias migratorias: hacia una redefinición de las políticas*, 18, 19 y 20 de mayo, Flacso, Quito (<[http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1308864287.Ponencia\\_Lorena\\_Izaguirre.pdf](http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1308864287.Ponencia_Lorena_Izaguirre.pdf)>), afirmando que: «En la región andina, pensar en la migración de retorno no ha sido una prioridad para la investigación académica».

(7) DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Migraciones y Derechos Humanos...*, cit., p. 11.

Estados de adoptar medidas para promover el retorno ordenado de los trabajadores migrantes y sus familias, así como fomentar las condiciones económicas adecuadas para el reasentamiento y reintegración social y cultural de los retornantes en el Estado de origen (art. 67).

El retorno, lejos de configurarse como una manifestación coyuntural, secundario o subordinado del proceso migratorio, es concebido por la Organización Mundial de las Migraciones (OIM) como un componente integral y fundamental de la migración internacional, y que concierne a todos los países, aunque sea en distinto grado<sup>(8)</sup>. Una gran parte de los retornos son espontáneos, esto es, el inmigrante no se acoge a ningún programa institucional o de retorno normativo. Sin embargo, en la actualidad están cobrando un creciente protagonismo los retornos asistidos o incentivados.

Según las Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros, 1990-2011, los retornados en el Perú en el período 2000-2011 ascendieron a 232.559. Si se atiende a períodos más breves, se observa un abrumador repunte en los períodos coincidentes con la fuerte recesión mundial que afecta los principales países de destino de los inmigrantes latinoamericanos y andinos (EE.UU., España e Italia)<sup>(9)</sup>. En efecto, de los 232.559 retornados, el 15,7% corresponde al período 2000-2002, el 13,9% a 2003-2005, el 25,4% a 2006-2008 y el 45,0% a 2009-2011. En este último período, y atendiendo al sexo, el 54,9% (127.622) de los retornados son mujeres, mientras que el 45,1% (104.937) son hombres. Y en relación a la edad, el mayor porcentaje de retornantes se sitúa entre los 15 y 49 años (71,1%), seguidos de 30 y 34 años (13,9%) y menores de 15 años (6,7%).

#### IV. LEY NÚM. 28182, DE INCENTIVOS MIGRATORIOS

El Perú contaba desde el año 2004 con una Ley de Incentivos Migratorios, aprobada durante el gobierno del Presidente Alejandro Toledo, la Ley núm. 28182, de Incentivos Migratorios, publicada el 24 de febrero de 2004, que tiene como objetivo «promover el retorno de los peruanos en el extranjero para dedicarse a actividades profesionales y/o empresariales, estableciendo incentivos y acciones que propicien su regreso para contribuir a generar empleo productivo y mayor recaudación tributaria. El Reglamento de la Ley 28182 fue aprobado por Decreto Supremo núm. 028-2005-EF, y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 1 de marzo de 2005. Inicialmente, la vigencia de la Ley estaba prevista por un plazo de cinco años, contados a partir de la fecha de la reglamentación, esto es, vencía el 2 de marzo de 2010. Sin embargo, la Ley núm. 29508, publicada en el Diario Oficial el 12 de marzo de 2012, ampliaba el plazo de vigencia por tres años, de forma que finalizará el 13 de marzo de 2013.

La Ley de Incentivos Migratorios es concebida como una iniciativa orientada a promover los medios legales que facilitasen el retorno voluntario de los peruanos que deseen

---

(8) <[http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/return\\_migration\\_challenges\\_120208/MC\\_INF\\_293\\_Migracion\\_de\\_Retorno.pdf](http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/return_migration_challenges_120208/MC_INF_293_Migracion_de_Retorno.pdf)>. <[http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/return\\_migration\\_challenges\\_120208/MC\\_INF\\_293\\_Migracion\\_de\\_Retorno.pdf](http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/return_migration_challenges_120208/MC_INF_293_Migracion_de_Retorno.pdf)>.

(9) DUQUE, G. y GENTA ROSSI, N., «Crisis y migración: ¿el retorno esperado o búsqueda de alternativas?», p. 3. (<<http://flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/931/1/02.%20Dossier%20central.%20Crisis%20y%20migraci%C3%B3n%20E2%80%A6%20Guido%20Duque,%20Natalia%20Genta%20Rossi.pdf>>).

### III. PERÚ: LEY 30001. REINSERCIÓN PARA EL MIGRANTE RETORNADO

---

iniciar actividades profesionales o económicas en el territorio nacional, que contribuyan a generar empleo productivo<sup>(10)</sup>. En verdad, se trataba de una norma en la que a través de exoneraciones tributarias se impulsaba un retorno «productivo», pero representaba un hecho aislado en el marco de una gran falta de interés del Estado sobre la cuestión migratoria<sup>(11)</sup>.

Era una Ley con ámbito subjetivo limitado: peruanos que hayan residido en el exterior al menos cinco años y que tuvieran la intención de residir permanentemente en el Perú un tiempo no inferior a cinco años. Junto a estos elementos meramente temporales, la Ley exigía un elemento cualificativo, tener la intención de llevar a cabo un proyecto empresarial propio. Como se comprueba, primaba la idea de retorno como sujeto de desarrollo al servicio de las prioridades socio-económicas del país de origen, al que además se le exigían requisitos tanto de permanencia en el exterior antes del retorno como de limitación a la re-emigración con posterioridad a su vuelta para conservar los beneficios o incentivos que se le habían concedido.

Quizá precisamente por su ámbito limitado, no ha logrado captar el interés esperado de los peruanos que residen en el extranjero. Según datos facilitados por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), desde el 1 de marzo de 2005, fecha de la entrada en vigor de esta Ley, hasta el 31 de enero de 2009, tan solo se habían emitido 257 resoluciones favorables al otorgamiento de los beneficios tributarios a peruanos que solicitaron acogerse al programa. Y con una incidencia muy desigual en atención al país de destino del que retornaron, se puede diferenciar: EE.UU. (155), España (13), Chile (10), e Italia (9). A noviembre de 2012, las resoluciones favorables se incrementaron hasta 387, si bien no se cuenta con datos desagregados por países de procedencia del retorno.

### V. LEY NÚM. 30001, LEY DE REINSERCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL PARA EL MIGRANTE RETORNADO

El pasado día 13 de marzo de 2013 se aprobó la Ley núm. 30001, Ley de Reinserción Económica y Social para el Migrante Retornado<sup>(12)</sup>, conocida como ley de Retorno. El proyecto de Ley, con el Núm. 1540, fue presentado por el Presidente de la República Ollanta Humala y el Primer Ministro Juan Jiménez. A falta de su desarrollo reglamentario (la Cuarta Disposición Complementaria Final concede para ello un plazo no mayor de sesenta días hábiles a contar desde la publicación de la norma), en las líneas que siguen se analizan los principales basamentos de la norma en cuestión.

La nueva Ley se enmarca en el proceso de desarrollo de políticas específicas sobre retorno que se están adoptando en los últimos años en la Región Andina<sup>(13)</sup>. Comenzó

---

(10) Informe Defensorial núm. 146, *cit.*, p. 164.

(11) IZAGUIRRE, L., «De la relativa ausencia a la creciente presencia: la migración de retorno en el escenario de la Región Andina...», *cit.*

(12) Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 14 de marzo de 2013.

(13) Sobre esta cuestión, véase en extenso BENLLOCH SANZ, P., «Medidas, programas y políticas públicas sobre el retorno de inmigrantes en los países de la Comunidad Andina», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* núm. 105, 2013, en prensa.

Ecuador, cuya Constitución de 2008 es punto de referencia esencial en la construcción de la política integral de migración y ha permitido aprobar diferentes medidas, como el «Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013» y los planes sectoriales que lo concretan: Plan de Desarrollo Humano de las Migraciones 2007-2010; Plan Nacional de Política Exterior 2006-2020 (PLANEX 2020); y Plan Nacional de Desarrollo Social, Productivo y Ambiental 2007-2015. Más tarde le siguió Colombia, donde la Ley núm. 1565, de 31 de julio de 2012, aunque pendiente de desarrollo reglamentario, ha supuesto un auténtico punto de inflexión en la configuración de las medidas y programas de retorno. Más a la zaga se encuentra Bolivia, donde se ha aprobado el pasado mes de diciembre de 2012 el Proyecto de Ley de Migración núm. 208/2012-2013.

Las líneas que siguen tratarán de exponer con brevedad el contenido de la Ley núm. 30001. Por de pronto, deroga expresamente<sup>(14)</sup> la Ley 28182, de Incentivos Migratorios, y la Ley 29508 que, como se anticipó, restablece la vigencia de la Ley 28182 antes referenciadas. Sin embargo, la aplicación de esta nueva Ley dependerá del desarrollo reglamentario antes referido, y en tanto que ello no se lleve a cabo continúan vigentes los incentivos tributarios establecidos por la Ley núm. 28182<sup>(15)</sup>.

Según se desprende de su Exposición de Motivos que acompañaba el Proyecto de Ley, la norma pretende superar las limitaciones contenidas en la Ley núm. 28182, que solo beneficiaba a retornados que poseyeran un capital para ser invertido en áreas productivas del Perú, así como recuperar recursos humanos, técnicos, profesionales y científicos, en los términos antes expuestos. Para ello brinda facilidades para el retorno y la reinstalación en el Perú. Se deja traslucir la preocupación por cómo ha afectado la actual crisis económica internacional a las migraciones, así como el endurecimiento que por ello han sufrido las políticas de los países mayoritariamente receptores de migrantes peruanos. Y aunque parece razonable dicha preocupación, hubiese sido deseable no imprimir el carácter coyuntural de las medidas que parece que se desprende de su justificación; no en vano, la experiencia está demostrando que a pesar de la recesión económica que están viviendo los principales países de destino de la Comunidad Andina, no se está produciendo un retorno masivo de inmigrantes<sup>(16)</sup>.

Vaya por delante que la nueva norma supera con creces el limitado contenido de las normas que viene a derogar pues, además de incentivos aduaneros, prevé la facilitación en el reconocimiento de estudios profesionales y técnicos realizados en el exterior, brindar acceso a créditos educativos, reconocimiento de competencias adquiridas a través de la experiencia laboral, impulsar la asistencia técnica para emprender proyectos empresariales (microempresas), facilitar el acceso a la adquisición de una vivienda y el acceso a las prestaciones de salud del régimen contributivo y no contributivo, así como a programas sociales y/o de régimen subsidiado de aseguramiento de salud para peruanos retornados en situación de vulnerabilidad.

---

(14) Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley núm. 30001.

(15) La Disposición Complementaria Transitoria Única de la Ley establece que las solicitudes de incentivos tributarios efectuadas al amparo de la Ley 28182 que no hayan obtenido pronunciamiento a la entrada en vigor del reglamento de desarrollo continuarán con su trámite hasta su término, bajo dicho marco normativo, sin perjuicio del derecho del solicitante a desistirse del procedimiento para adecuarse a lo previsto en la Ley núm. 30001.

(16) DUQUE, G. y GENTA ROSSI, N., «Crisis y migración: ¿el retorno esperado o búsqueda de alternativas?», p. 10.

### III. PERÚ: LEY 30001. REINSERCIÓN PARA EL MIGRANTE RETORNADO

---

La norma va dirigida a los peruanos que residan en el extranjero, y con independencia de su situación migratoria, que deseen retornar voluntariamente al Perú tras haber residido en el extranjero, sin interrupción, por un plazo mínimo de cuatro años<sup>(17)</sup> o que se vean forzados a retornar por su condición migratoria (se entiende, irregular) en el Estado receptor por un plazo ininterrumpido mínimo de dos años (art. 2). En ambos casos, el cómputo del plazo exigido no se verá afectado por las visitas realizadas al Perú que no excedan de sesenta días calendarios al año, sean estos consecutivos o alternos. Quedan excluidos de los beneficios de esta Ley los peruanos que sufran condena por delito doloso y quienes integren, promuevan o participen en organizaciones vinculadas con el terrorismo (art. 8).

Quienes estén interesados en acogerse a estas medidas, deberán manifestarlo por escrito a la autoridad competente tanto en el exterior como en el interior del país, en el plazo de noventa días hábiles (consecutivos o alternados) antes o después de su fecha de ingreso en el país. La autoridad competente expedirá una tarjeta que permitirá al retornado solicitar los beneficios contemplados en la Ley.

Dichos beneficios, según dispone la Ley, serán:

1. Incentivos tributarios: Según el artículo 3, estos incentivos consistirán en quedar liberados por única vez del pago de todo tributo que grave el internamiento en el país de los siguientes bienes: a) Menaje de casa, hasta treinta mil dólares (USD 30,000); b) Vehículo automotor, hasta treinta mil dólares (USD 30,000); y c) Instrumentos, maquinaria, equipos, bienes de capital y demás bienes que se usen en el desempeño de su trabajo, profesión, oficio o actividad empresarial, hasta ciento cincuenta mil dólares (USD 150,000). Dichos beneficios tributarios se perderán cuando, en el plazo de los tres años siguientes, transfieran, bajo cualquier modalidad, o cedan en uso a favor de terceras personas los bienes que hayan internado en el país, quedando los adquirentes obligados al pago de los tributos e intereses correspondientes (art. 7).

2. Medidas para la reinserción socioeconómica de los peruanos retornantes: Más allá de aquellos incentivos tributarios, el mérito de la presente Ley estriba en que se prevén medidas de apoyo y orientación en las áreas legal, educativa, de salud y de desarrollo económico, empresarial y laboral, a fin de facilitar su reinserción socioeconómica en el Perú. Estas medidas se encuentran recogidas en el art. 5 de la Ley núm. 30001.

A falta de desarrollo reglamentario, el Estado peruano se compromete a:

- a) Monitorear el proceso de reinserción socioeconómica de los peruanos retornados en ámbitos tales como laboral, educativo, familiar y social.
- b) Para facilitar la reinserción laboral, brinda el acceso a los servicios de capacitación para el trabajo y para el emprendimiento y al programa laboral Vamos Perú<sup>(18)</sup>, así como información, asesoría para el acceso a créditos y asistencia técnica a quienes quieren emprender un negocio en el país o microempresas. En especial, se

---

(17) En el Proyecto de Ley núm. 1540/2012 se exigían cinco años de residencia fuera del Perú.

(18) El Programa Nacional para la Promoción de Oportunidades Laborales VAMOS PERÚ tiene por finalidad promover el empleo, proteger la empleabilidad de los desempleados y de aquellos trabajadores que se encuentran en riesgo de perder su trabajo. Para ello, ofrece los servicios de capacitación laboral, asistencia técnica para emprendedores, certificación de competencias laborales e intermediación laboral.

contempla el fortalecimiento de los mecanismos de reconocimiento de las competencias adquiridas a través de la experiencia laboral; esta previsión es sumamente interesante, puesto que como se ha comprobado, el retorno trae de vuelta al país a una población que ostenta mayoritariamente un buen nivel de educación y de cualificación<sup>(19)</sup>, pero cuya reinserción laboral sigue siendo difícil, por lo que medidas de este tipo ayudarán a paliar este efecto.

- c) En el ámbito educativo es relevante la facilitación de las certificaciones referidas a los procesos educativos de la educación básica, comunitaria, superior y técnico-productiva, así como del reconocimiento académico en el sistema educativo nacional de los estudios efectuados en el exterior, de los grados, títulos, diplomas o certificaciones obtenidas para el ejercicio profesional o técnico de los retornados. Por otra parte, se prevé el acceso a créditos educativos y a programas de becas de postgrado tanto en el Perú como en el extranjero, así como a los programas de reinserción, a través de las becas de investigación a nivel postgrado<sup>(20)</sup>.
- d) En materia de protección social también son relevantes los compromisos asumidos. Como se viene insistiendo, a falta de desarrollo reglamentario que dote de contenido efectivo a las previsiones legales, el Estado peruano se compromete a facilitar a los connacionales retornados que provengan de países con los que el Perú tenga suscritos convenios de seguridad social<sup>(21)</sup> el acceso a los beneficios derivados de tales acuerdos, previsión que se antoja vacía de contenido en la medida en que el reconocimiento de tales beneficios ya era obligatorio para el Perú. Mayor contundencia parece que puede extraerse de la obligación asumida respecto a facilitar el acceso a las prestaciones de salud del régimen contributivo o semicontributivo<sup>(22)</sup>, atendiendo a las características de los retornados.
- e) Respecto a la vivienda, orientar y facilitar, mediante entidades como el Fondo Mivivienda, a través del programa «Mi Vivienda», el acceso a la adquisición o mejoramiento de una vivienda digna para el inmigrante retornado y su familia.
- f) Facilidades para el canje de la licencia de conducir expedida por otro país por una clase y categoría equivalente.
- g) Imprescindible es el apoyo y atención psicológica y social al migrante y a su familia, por eso es bienvenida la previsión legal de este aspecto. No se olvide que la

---

(19) IZAGUIRRE, L., «De la relativa ausencia a la creciente presencia: la migración de retorno en el escenario de la Región Andina. Los casos de Perú y Ecuador», *cít.*

(20) De acuerdo con los requisitos previsto en la Ley núm. 29837, Ley que crea el Programa Nacional de Becas y Crédito educativo (Pronabec) y su reglamento.

(21) En este sentido, se encuentran: Convenio de Seguridad Social entre la República del Perú y el Reino de España (suscrito el 16 de junio de 2003, y aprobado por el Congreso de la República de Perú por Resolución Legislativa núm. 28158, de 11 de diciembre de 2003), Convenio de Seguridad Social entre la República de Perú y República de Chile (suscrito el 23 de agosto de 2002, aprobado por Resolución Legislativa núm. 28067, publicada el 6 de septiembre de 2003), Convenio de Seguridad Social entre la República de Perú y la República de Argentina (suscrito el 22 de marzo de 2010). Por su parte, se ha ratificado el Estatuto Migratorio Permanente Peruano-Ecuatoriano, mediante Decreto Supremo núm. 0100-2010-RE, de 14 de julio de 2010, pero se encuentra pendiente de ratificación por parte del Gobierno ecuatoriano. En la actualidad, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se encuentra negociando el Convenio Bilateral sobre Flujos Migratorios Bilaterales con la República de Colombia, el Convenio Bilateral con el Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Bolivia y el Convenio de Seguridad Social Perú-Canadá.

(22) De conformidad a la Ley núm. 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud.

### III. PERÚ: LEY 30001. REINSERCIÓN PARA EL MIGRANTE RETORNADO

---

experiencia está demostrando que el miedo a no poder volver a emigrar, la visión negativa del retorno como fracaso del proyecto migratorio, el coste personal y familiar que supone una nueva migración, son factores que influyen de manera significativa en la decisión de retornar. Ya afirmaba DURAND que «la decisión de retornar, de volver al terruño, es una resolución semejante a la que se da en el momento de partida. Se podría decir que se reinicia el proceso migratorio en sentido inverso»<sup>(23)</sup>.

- h) En línea con las políticas de recuperación de talentos, la Ley núm. 30001 contempla la promoción de políticas y programas de retorno y permanencia de científicos e investigadores que radican en el extranjero.

3. Acceso a programas sociales y/o régimen subsidiado de aseguramiento de salud para peruanos retornados en situación de vulnerabilidad socioeconómica. Los peruanos retornados que se encuentren en dicha situación tendrán derecho a solicitar el apoyo y la orientación de las entidades del Estado para acceder a los programas sociales y al régimen subsidiado de aseguramiento de salud. Hasta ahora, las políticas y medidas promovidas por los Estados emisores de flujos migratorios se centraban en retornos productivos o con reintegración, olvidando a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha puesto en práctica programas de Retorno Voluntario Asistido (AVR, por sus siglas en inglés) desde hace tres décadas junto con contrapartes nacionales y una red de socios, tanto en países de origen como de acogida; entre sus programas destaca el dirigido a aquellos inmigrantes que se encuentran en situación de carencia y vulnerabilidad social. Pero estos programas pueden tener efectos limitados si no se acompañan de medidas complementarias arbitradas desde los países de origen. Por tanto, no puede ser sino bienvenida la inclusión en la Ley núm. 3001 del acceso a programas sociales y/o régimen subsidiado de aseguramiento de salud para peruanos retornados en situación de vulnerabilidad socioeconómica.

Conviene advertir que la aplicación práctica de esta nueva Ley no dependerá sólo de la publicación de su Reglamento, sino de la coordinación intersectorial necesaria para lograr la implementación de las medidas de reinserción socioeconómica que establece, de ahí que el art. 9 reserve al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección General de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares o de la dependencia que haga sus veces, dicha coordinación, así como las acciones de supervisión y control de los beneficios contemplados. Por su parte, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) se encargará de la supervisión y control de los incentivos tributarios.

Para finalizar, se echa en falta la ausencia de previsión alguna sobre la coordinación con otros agentes implicados. No cabe duda de que el éxito de las políticas sobre retorno sólo será posible si se tienen en cuenta a: a) Los Estados (ya sean de origen, tránsito o destino); b) las sociedades de origen y destino; c) las instituciones de la sociedad civil; d) los organismos supranacionales e internacionales y d) persona migrante<sup>(24)</sup>.

---

(23) DURAND, J., «Ensayo teórico sobre la migración de retorno», *Cuadernos geográficos* núm. 35, 2004, p. 104.

(24) MENDIOLA HIDALGO, M., «El retorno de los emigrantes peruanos. Un análisis de los mecanismos de gestión del retorno en el Perú desde el enfoque de los derechos humanos», *Tukuymigra* núm. 1, 2009, p. 8.



Revista de

---

# Derecho migratorio y extranjería

---

---

**NOTAS BIBLIOGRÁFICAS,  
APUNTES Y CONVOCATORIAS**

---



## I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

*Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza*

- ABARCA JUNCO, P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y otros, *El extranjero en el derecho español*, Dykinson, Madrid 2012, 430 pp.
- AGUELO NAVARRO, P. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, Madrid, 2013, 732 pp.
- ALCÁCER GUIRAO, R., *Conflicto y diálogo en Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2013, 685 pp.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2013*, Sevilla, 2013, 73 pp.
- BASSOLI, Elena (a cura di), *Manuale pratico dell'immigrazione*, 2.<sup>a</sup> ed., Maggioli Editori, Santarcangelo di Romagna, 2012, 484 pp.
- CALAMIA, Antonio M., DI FILIPPO, Marcello y GESTRI, Marco (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padua, 2012, 572 pp.
- CASTLES, S. y MILLER, M., *L'era delle migrazioni (Popoli in movimento nel mondo contemporáneo)*, presentación de S. MEZZADRA, Odoya, Bolonia, 2012, 400 pp.
- COUNCIL OF EUROPE-CONSEIL DE L'EUROPE, *Bringing a case to the European Court of Human Rights-A practical guide on admissibility criteria-Saisir la Cour Européenne des Droits de l'Homme-Guide pratique sur la recevabilité*, Estrasburgo, 2012, 124 pp.
- COUNCIL OF EUROPE-CONSEIL DE L'EUROPE, *Intercultural learning in non-formal education: Theoretical frameworks and starting points*, Estrasburgo, 2012, 54 pp.
- CRUZ ZÚÑIGA, P. y CORDERO RAMOS, N., *Trata de personas, dignidad y Derechos Humanos*, Arcibel Editores, Sevilla, 2012, 156 pp.
- DÍAZ BARRADO, C. y RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M. (eds.) y DÍAZ SILVEIRA, C. (coord.), *Migraciones Internacionales y co-desarrollo: El caso de Ecuador*, Centro de Estudios de Iberoamérica, Madrid, 2012, 282 pp.
- ESSOMBA I GELABERT, M. A., *Immigración e interculturalidad en la ciudad*, Editorial Graó, Barcelona, 2012, 160 pp.
- GARZÓN CLARIANA, G., *Ciudadanía europea y democracia: La reforma del acta electoral y de los partidos políticos europeos*, Marcial Pons, Madrid, 2013, 308 pp.

- GEMMENNE, F., BRÜCKER, P. y IONESCO, D., *The State of Environmental Migration 2011*, Institut du Développement Durable et des Relations Internationales, París, 2012, 132 pp.
- GIOVANNETTI, Monia y NICOTRA, Veronica (a cura di), *Da residenti a cittadini. Il Diritto di Cittadinanza alla prova delle seconde generazioni*, Cittaalia, Roma, 2012, 160 pp.
- GRANADOS MARTÍNEZ, A., *Las representaciones de las migraciones en los medios de comunicación*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, 304 pp.
- GUTIÉRREZ, I. y PRESNO, M. A., *La inclusión de los otros: Símbolos y espacios de la interculturalidad*, Comares, Granada, 2012, 328 pp.
- IZQUIERDO, A., *Políticas de control migratorio: Estudio comparado de España y Estados Unidos*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2012, 387 pp.
- LLOMBART HEUSCA, M., *Identidades de España en Francia: Un siglo de exilios y migraciones (1880-2000)*, Comares, Granada, 2012, 216 pp.
- MATÍA PORTILLA, F. J., *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 430 pp.
- MIGREUROP, *Atlas des migrants en Europe*, 2.<sup>a</sup> ed., Armand Colin, París, 2012, 144 pp.
- ORTIZ AHLF, L., *Derechos Humanos de los Indocumentados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 143 pp.
- PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, 5.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2012, 1381 pp.
- PEERS, S., GUILD, E. y otros (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2.<sup>a</sup> ed. revisada, Martinus Nijhoff, Holanda, 590 pp.
- RODIER, C., *El negocio de la xenofobia*, Editorial Clave Intelectual, Madrid, 2013, 152 pp.
- ROSELL GRANADOS, J., *Aspectos sociales y jurídicos de la inmigración musulmana en Extremadura*, Dykinson, Madrid, 2012, 240 pp.
- VIDAL FERNÁNDEZ, F., *Los Euronautas. Exclusión extrema e inmigración*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2012, 487 pp.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La igualdad en la diversidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, 240 pp.
- ZANROSSO, Emanuela, *Diritto dell'immigrazione*, 4.<sup>a</sup> ed., Simone, Nápoles, 2012, 512 pp.
-

**Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes**

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

Comares, Granada, 2012, 426 páginas

MANUELA DURÁN BERNARDINO

[*Becaria de Investigación FPU del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada*]

En 2012 se alcanzan los sesenta y seis volúmenes de la colección *Trabajo y Seguridad Social*, de la editorial granadina Comares, dirigida con éxito por José Luis MONEREO PÉREZ, con la publicación de una obra tan relevante como necesaria, titulada *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*.

Estamos ante la primera obra monográfica de estudio analítico-sistemático de la totalidad de dimensiones propias de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes, que de un modo plenamente actualizado, exhaustivo y totalizador se dirige a analizar la complicada problemática que suscita una materia envuelta en una constante disociación entre el reconocimiento de derechos y la realidad jurídica efectivamente practicada. Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ, Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y autor de esta obra, refleja su cualificación politológica y jurídica en la totalidad de esta investigación, a través del enfoque interdisciplinar (antropológico, científico-político, sociológico y demográfico) con el que son abordadas sus relevantes aportaciones.

A modo de planteamiento general de la totalidad de la obra se encuentra un interesante e ilustrador Prólogo, a cargo del Profesor MONEREO PÉREZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la misma disciplina, donde el lector interesado encuentra una magnífica introducción al conjunto del libro, en el que se resalta especialmente la relevancia de esta obra en un momento social como el actual, caracterizado por una política restrictiva de los derechos sociales de las personas inmigrantes, tanto a nivel Europeo como en el ámbito particular de los Estados miembros, contraria, en cualquier caso, al sistema democrático, donde

la garantía de los derechos sociales fundamentales debe ocupar un lugar central. En segundo lugar, realiza una profunda reflexión sobre el modelo normativo de garantía de los derechos fundamentales de los inmigrantes, al que califica como inestable debido a los continuos cambios cualitativos a los que se ve sometido, que van desde la tradicional y excesiva vinculación a la *nacionalidad* de la ciudadanía, hasta la deseada tendencia a la atribución de derechos a la *persona*, todo ello en función de la opción ideológico-jurídica que gobierna en cada momento histórico, con modificaciones tan profundas y trascendentales como las más recientes (supresión en los presupuestos generales de 2012 del Fondo para la Integración de las personas Inmigrantes; la exigencia de residencia fiscal junto al empadronamiento para la obtención de la tarjeta sanitaria por parte del inmigrante en situación administrativa irregular o la aprobación de la Directiva de permiso único de Residencia y Trabajo), que dotan de inseguridad jurídica a sus destinatarios e infringen los contenidos esenciales del Derecho. Igualmente, reconoce que a esta variable ideológico-política se le une una racionalidad económica que siempre ha imperado sobre la «razón social», mostrándose favorable a alcanzar un «modelo de equilibrio» entre estas dos racionalidades, necesario para salvaguardar los derechos fundamentales de este colectivo, a sabiendas de que el ansiado modelo tendrá que esperar ante una crisis económica como la actual, que lejos de favorecer el deseado equilibrio, está introduciendo numerosas medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los inmigrantes en todo el espacio de la Unión Europea. Finalmente, realza el estudio jurídico-crítico de esta obra, destacando su carácter reflexivo y analítico del marco normativo vigente y sus numerosas aportaciones técnicas y jurídico-políticas que sin duda contribuirá a aliviar las disfuncionalidades e insuficiencias detectadas por el propio autor.

Seguidamente, el Profesor Triguero Martínez realiza una introducción metodológica del conjunto de la investigación, que sin duda ayudará al lector a su comprensión global y progresiva. En sus páginas describe la finalidad perseguida en este trabajo, como es la sobradamente conseguida «exposición, manifestación y análisis

de las oscilaciones y variaciones que ha sufrido la ordenación jurídica, así como el modelo derivado de política jurídica nacional de reconocimiento en forma de titularidad, ejercicio y garantías del conjunto de derechos sociales fundamentales de las personas inmigrantes extranjeras en España»; acota el espacio temporal en el que se desarrolla la obra; justifica de forma clara y razonada la elección del tema objeto del presente trabajo investigador; destaca la perspectiva y concepción *social* con la que se realiza el estudio del modelo de Estado social y democrático de Derecho; pone de manifiesto la persistente presencia de la inmigración extranjera en la agenda jurídico-política, influida por continuas variaciones ideológicas y de mercado, que en ningún caso deben desnaturalizar ni vulnerar el contenido esencial de los derechos sociales fundamentales de las personas inmigrantes; aclara un conjunto de concepciones básicas que dotan de sentido al conjunto de su investigación; en último lugar, el autor delimita el trabajo de investigación y su objeto, tratándose del pormenorizado análisis jurídico-crítico de los derechos sociales fundamentales de la persona en la actualidad, la determinación de las insuficiencias o disfuncionalidades y la elaboración de propuestas técnico-jurídicas y políticas que corrijan las carencias detectadas, todo ello, atendiendo al derecho Constitucional, Comunitario e Internacional.

La monografía que se reseña consta de tres amplios capítulos bien diferenciados. En el capítulo I, «Planteamiento general: los derechos sociales y la ciudadanía social», el autor examina magistralmente y desde una perspectiva crítica la teoría general de los derechos sociales en el marco de la ciudadanía social, teniendo siempre presente a las personas extranjeras inmigrantes. En este sentido, estudia como categoría jurídica los derechos sociales, centrándose en sus orígenes y la razón de ser de los derechos civiles, políticos y sociales, en la interdependencia y comunicabilidad entre el conjunto de derechos humanos y en los valores y dimensiones inspiradoras. A continuación, delimita conceptualmente los derechos sociales desde su caracterización técnico-jurídica y político-jurídico, tanto en el plano del Derecho Internacional como en el Europeo y Nacional. Seguidamente, estudia

las aporías de los derechos sociales —exigibilidad, justiciabilidad y eficacia—, para finalizar centrándose en el marco político-jurídico en el que los derechos sociales adquieren plena efectividad: el Estado Social y la Política Social.

Entrando en materia más específica y concreta, en el Capítulo II, denominado «El derecho social y los derechos humanos fundamentales ante la inmigración. La construcción de un estatuto jurídico-social protector para los trabajadores inmigrantes extranjeros», el autor centra su atención en la significación y las implicaciones generales del paradigma del Derecho Social a las personas inmigrantes extranjeras trabajadoras, perfilando así las líneas maestras claves en la progresiva construcción de un estatuto jurídico-social protector para éstas. A tal fin, desarrolla tres amplios apartados. En el primero, «La pluridimensionalidad de la inmigración», se ponen en conexión el conjunto de planteamientos socioeconómicos y sociolaborales con los derechos humanos fundamentales de las personas extranjeras inmigrantes. El segundo de los apartados hace referencia a la «Inmigración y derechos sociales fundamentales: reconocimiento, inclusión y ciudadanía», donde son analizados pormenorizadamente los derechos fundamentales de este colectivo, como derechos inherentes a la persona, con independencia de su nacionalidad o lugar donde se encuentre. Se cierra este capítulo con el apartado tres, titulado «El marco político-jurídico de la inmigración: la progresiva construcción de una política sociojurídica de inmigración», que contiene un estudio detallado y exhaustivo de la progresiva construcción histórica y actual de la política sociojurídica de inmigración extranjera, tanto en el ámbito comunitario como en el nacional, prestando especial atención a los diferentes Tratados, Directivas y programas de acción política, así como a las distintas leyes orgánicas reguladoras de la extranjería e inmigración y sus sucesivas reformas. Del mismo modo se analiza su institucionalización, los rasgos caracterizadores del modelo vigente, prestando especial atención a la realidad del estado social autonómico y a los posibles desafíos que éste pueda ocasionar.

El Capítulo III, titulado «El modelo jurídico-constitucional de reconocimiento y garantías

jurisdiccionales de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores extranjeros inmigrantes», abarca una importante parte de la totalidad de la obra y se estructura en seis relevantes apartados, dirigidos todos ellos a desarrollar y estudiar de forma concisa el modelo vigente de reconocimiento, ejercicio y garantías jurisdiccionales de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores extranjeros inmigrantes en el marco de la Constitución española. El apartado uno, «Precisiones apriorísticas técnico-jurídicas», parte de la acotación técnico-jurídica del extranjero como la persona carente de nacionalidad española que goza en nuestro país del conjunto de derechos humanos fundamentales y define los derechos constitucionales de éstos en base a la doctrina del Tribunal Constitucional. En los apartados dos y tres, «Derechos sociales de libertad» y «Derechos sociales de prestación», se examinan la totalidad de los derechos sociales fundamentales posibles de incluir en aquéllos que tienen un carácter de libertad o de prestación, atendiendo en todo momento a su configuración en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a su configuración constitucional y a su definición, sentido y alcance legal, teniendo presente, muy especialmente, la influencia directa ejercida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en la regulación vigente. Siguiendo esta línea investigadora, en el apartado cuatro, «El derecho a trabajar y el derecho al trabajo: entre la libertad y la prestación» se analiza el «derecho a trabajar» y el «derecho al trabajo» de los diversos casos concretos que se pueden ejercer por las personas extranjeras, en conexión directa con la política jurídica de acceso al empleo y la igualdad en las condiciones en el trabajo. En el apartado quinto, «Los derechos de acción procesal. El derecho a la tutela judicial efectiva», se aborda sucintamente el derecho al recurso de amparo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho al intérprete de la persona extranjera. Se cierra este capítulo con el apartado seis, denominado «Sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos sociales fundamentales en la Constitución», cuyo particular análisis destaca especialmente por su conexión directa con la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos

y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

La obra culmina con un bloque de quince Conclusiones que destacan por la magnífica capacidad propositiva y jurídico-crítica del autor, detectando las carencias de la situación actual y orientando y aportando pautas y sugerencias para la regulación adecuada de esta realidad, siempre desde una coherente argumentación político-jurídica.

Con un absoluto dominio de las fuentes bibliográficas y del entramado técnico y político-jurídico que envuelve a la ardua problemática suscitada por los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes, el Profesor Triguero Martínez presenta un magnífico estudio con un conseguido carácter omnicomprendivo de esta realidad, aportando una visión totalizadora, exhaustiva, crítica y actualizada a las significativas aportaciones doctrinales realizadas con anterioridad desde diferentes sectores. Se convierte así esta innovadora y actual obra en una necesaria y valiosa referencia para todos los agentes implicados, sociales, políticos y económicos, especializados o no, en la materia de la que es monográfico el libro.

Por último, es preciso reseñar que esta obra es el resultado de la Tesis doctoral presentada por el autor y elaborada bajo la dirección de José Luis MONEREO PÉREZ y codirección del Profesor José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS. Fue valorada por un Tribunal integrado por Profesores de reconocido prestigio en la materia objeto de estudio, que otorgó a este trabajo la máxima calificación que permite la normativa aplicable, dando muestra así de la minuciosa y reposada investigación realizada por Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ durante varios años.

**La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros**

ARRESE IRIONDO, M.<sup>a</sup> NIEVES  
LETE, Bilbao, 2012, 240 pp.

La ciudadanía de la Unión en relación con las libertades de entrada, circulación y residencia ha puesto de manifiesto la transcendencia de

las relaciones familiares en orden a su reconocimiento. El trabajo contiene a lo largo de toda la exposición constantes referencias normativas y jurisprudenciales, entre las que adquieren una transcendencia significativa las sentencias del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al final se exponen las conclusiones alcanzadas a partir de las reflexiones a las que da lugar el análisis de los capítulos previos así como la bibliografía utilizada.

## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de Derecho Migratorio y Extranjería publica, con una periodicidad cuatrimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Extranjería. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

- 1. Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: gloria.sanchez@thomsonreuters.com. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
- 2. Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
- 3. Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
- 4. Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
- 5. Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y

deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
  - a) LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
  - b) ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
  - c) RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Jurisprudencia:** Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los números relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.
8. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.