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

Nº29

Revista de Derecho Migratorio y Extranjería

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E–mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 922–2002
ISSN 1695–3509
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:
Daniel Tejada Benavides

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.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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 consecuente 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.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

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 edición digital 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

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

Página

EDITORIAL 7

ARTÍCULOS

I. EL MODELO DE POLÍTICA JURÍDICA DE INMIGRACIÓN Y MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA
José Luis Monereo Pérez y Luis Ángel Triguero Martínez 11

II. FAMILIARES DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y REGISTROS DE PAREJAS DE HECHO DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y AYUNTAMIENTOS
José Vicente Lorenzo Jiménez 29

III. EL ARRAIGO COMO CIRCUNSTANCIA EXCEPCIONAL PARA PODER RESIDIR Y TRABAJAR LEGALMENTE EN ESPAÑA
Pedro Carbajal García 55

IV. INMIGRANTES ILEGALES: CONCEPTO INFAME. RESPONSABLES DESHONRADOS
Alejandro Peña Pérez 87

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

Asilo 117
Expulsión 132
Derecho al trabajo 141
Permiso de trabajo 148
Derecho penal 152
Homologación de títulos 160
Nacionalidad 172
Régimen de la Unión Europea 183

II. COMENTARIO A LA STC 145/2011: UNA NUEVA VISIÓN DE LA MOTIVACIÓN EN MATERIA SANCIONADORA
César Tolosa Tribiño 195

Página

III. ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: COMENTARIO A LA STEDH DE 3 DE MAYO DE 2011 (CASO *NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS* C. GRECIA)
M.ª Jesús Sánchez Cano 209

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA 231

II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS 235

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. EL RETORNO VOLUNTARIO EN ESPAÑA: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MIGRACIÓN CIRCULAR Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
Sara Iglesias Sánchez 243

II. MENORES QUE MIGRAN SOLOS E INFRACCIÓN EN ARAGÓN
Chabier Gimeno Monterde 263

III. LA *VIS EXPANSIVA* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ASIMETRÍA EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS
Mónica Valcárcel Bustos y José Ignacio Cubero Marcos 285

IV. LA INMIGRACIÓN MARROQUÍ EN ESPAÑA Y SU RETORNO EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA
Rocío Gallego Losada 307

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS 341

COMPLETE INDEX

Page

EDITORIAL 7

ARTICLES

I. MODEL LEGAL IMMIGRATION POLICY AND THE LABOUR MARKET IN SPAIN
José Luis Monereo Pérez y Luis Ángel Triguero Martínez 11

II. FAMILY MEMBERS OF EU CITIZENS AND PARTNERSHIP REGISTERS OF AUTONOMOUS COMMUNITIES AND MUNICIPALITIES
José Vicente Lorenzo Jiménez 29

III. COMMUNITY TIE AS AN EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCE TO LIVE AND TO WORK LEGALLY IN SPAIN
Pedro Carbajal García 55

IV. ILLEGAL IMMIGRANTS: CONCEPT INFAMOUS. RESPONSIBLE AND DISHONORED
Alejandro Peña Pérez 87

REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES

Asylum 117
Expulsion 132
Right to work 141
Working license 148
Criminal law 152
Recognition of qualifications 160
Nationality 172
European Union Regime 183

II. COMMENT TO STC 145/2011: A NEW VISION OF THE MOTIVATION ON SANCTIONING MATTERS
César Tolosa Tribiño 195

Página

III. INTERCOUNTRY ADOPTION AND THE RIGHT TO PRIVACY AND FAMILY LIFE: COMMENTARY ON THE RULING OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS OF 3 MAY, 2011 (CASE OF *NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS* V. GRECIA)
M.ª Jesús Sánchez Cano 209

LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT 231

II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS 235

RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. VOLUNTARY RETURN IN SPAIN: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF CIRCULAR MIGRATION AND OF THE LAW OF THE EUROPEAN UNION
Sara Iglesias Sánchez 243

II. MINORS WHO MIGRATE ALONE AND OFFENSE IN ARAGON
Chabier Gimeno Monterde 263

III. «VIS EXPANSIVA» OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND ASYMMETRY ON THE RECOGNITION OF FOREIGNER'S RIGHTS
Mónica Valcárcel Bustos y José Ignacio Cubero Marcos 285

IV. MOROCCAN MIGRATION IN SPAIN AND ITS RETURN WITHIN THE ECONOMIC CRISIS
Rocío Gallego Losada 307

BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

I. BIBLIOGRAPHICAL NOTICES 341

EDITORIAL

Una vez completado el nuevo organigrama de gobierno en la política inmigratoria, el período entre la publicación de los dos números de la REDMEX estuvo presidido por las medidas de recortes puestas en marcha por la nueva administración.

El anuncio de la desaparición del Fondo Estatal de acogida e integración, la adopción de medidas limitativas del derecho a la salud de los extranjeros y el endurecimiento del régimen de libre circulación de los ciudadanos de la UE y sus familiares han sido sin duda los hechos más destacables del período.

En relación con tales medidas, en anteriores editoriales de la REDMEX se señalaba que actualmente el auténtico reto de las políticas de inmigración de España y demás países europeos es la integración. Los programas electorales de las diversas formaciones políticas parecían también estar de acuerdo con ello. Igualmente se advertía que las políticas restrictivas y las medidas de recortes, máxime en épocas de crisis como la actual, conllevan riesgos adicionales para con la política de convivencia y ciudadanía.

Lamentablemente, la vía seguida por la nueva administración parece situarse en esa equivocada dirección de restricción o supresión de derechos de los extranjeros, dirección que, como anunciábamos, puede reforzar indeseablemente las posturas xenófobas y racistas presentes en la sociedad española y europea. Al justificar la privación de asistencia sanitaria a los extranjeros por hallarse en situación irregular, directa o indirectamente se están fomentando en la opinión pública dichas posturas.

La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de Derechos Humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Todo ser humano, sea cual sea su *status* migratorio (regular o irregular), tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

En materia de asistencia sanitaria, los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (entre ellos, España) tienen la obligación de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados, como se desprende, con claridad, de su artículo 12. En dicha norma, España asumió (entre otras) la obligación de crear «condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

Muchas han sido las voces que, con argumentos bien fundados, se han alzado frente a esta política. Por ello manifestamos la esperanza de que todavía pueda producirse una rectificación de las medidas adoptadas, especialmente en el terreno sanitario; también esperamos que esta rectificación se oriente a la implementación de una política migratoria cuyo eje sea el respeto de los Derechos Humanos, singularmente del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ciertamente, la rectificación debe impulsar

—aun dentro de las limitaciones impuestas por la situación de crisis económica y estructural— unas medidas que favorezcan la integración y convivencia entre todas las personas, autóctonas y extranjeras, presentes en el territorio español y en la Unión Europea.

El cuatrimestre deja pendiente la tarea de la aprobación del Reglamento de los Centros de Internamiento. Es de una auténtica e imperiosa necesidad desarrollar las previsiones legales y dotar de un acabado régimen de derechos y garantías jurídicas a las personas privadas de libertad por la comisión de infracciones administrativas, en muchas ocasiones por la mera situación de irregularidad administrativa.

El contenido de este número de la REDMEX dedica una especial atención al tema de la integración y trata asuntos íntimamente ligados a esta problemática, destacando el trabajo sobre la relación entre política de inmigración y mercado de trabajo y los referidos a la irregularidad y algunos de los mecanismos jurídicos como posible vía de normalización: el arraigo, la constitución de pareja de hecho… En los Estudios se dedica una buena parte de su espacio a los trabajos que analizan el tema del retorno voluntario y la migración circular. Y todo ello bajo el prisma de los derechos humanos de las personas migrantes.

Como siempre, solo nos resta desear una buena y fructífera lectura de la REDMEX.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ARTÍCULOS

I. EL MODELO DE POLÍTICA JURÍDICA DE INMIGRACIÓN Y MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Instituto de Migraciones
Universidad de Granada

Luis Ángel Triguero Martínez

Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Instituto de Migraciones
Universidad de Granada

RESUMEN

El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España

El modelo de política jurídica reguladora de la inmigración y la extranjería en España carece de una estabilidad y regulación social. Son constantes los cambios que se producen en las políticas jurídicas de regulación de entrada, permanencia y salida de las personas inmigrantes extranjeras, hasta el extremo de subordinarlas a las necesidades económicas y del mercado de trabajo. Es necesario repensar el rol de los Estados e Instituciones Internacionales en relación a las mismas desde la óptica del modelo de Estado social de Derecho y los derechos sociales de ciudadanía desmercantilizadores.

Palabras clave: Inmigración, mercado de trabajo, extranjería, derechos sociales.

ABSTRACT

Model legal immigration policy and the labour market in Spain

The model of legal policy regulating immigration and foreigners in Spain lacks stability and social regulation. Are constant changes that occur in legal policies for regulating entry, stay and departure of foreign immigrants, to the extent subordinate to the economic and labor market. We need to rethink the role of states and international institutions in relation to them from the perspective of model social state of law and social rights.

Key words: Immigration, labor market, foreign, social rights.

Sumario

I. INMIGRACIÓN Y MERCADO DE TRABAJO EN LA REGULACIÓN JURÍDICO-LEGAL DE LAS PERSONAS INMIGRANTES EXTRANJERAS.

II. EL ESTATUTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA INMIGRANTE EXTRANJERA.

III. CONCLUSIONES.

«Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratado y sin perjuicio de sus disposiciones particulares»

Art. 21.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La constante atención prestada por los actores políticos —nacionales e internacionales— hacia las políticas jurídicas de inmigración ha tenido una consecuencia inmediata: una inseguridad jurídica para las personas inmigrantes extranjeras resultado de las modificaciones constantes experimentadas por el marco jurídico-legal regulador de las mismas. Un paradigma de esta situación lo constituye el caso español con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, constantemente reformada en lo que va de siglo XXI.

Al respecto, han sido clave en las sucesivas reformas legales dos ejes en torno a los cuales han girado siempre éstas: de una parte, el ligar la inmigración al mercado de trabajo y, de otra, la constante redefinición del estatuto jurídico-legal de derechos fundamentales de la persona inmigrante extranjera.

I. INMIGRACIÓN Y MERCADO DE TRABAJO EN LA REGULACIÓN JURÍDICO-LEGAL DE LAS PERSONAS INMIGRANTES EXTRANJERAS

En el marco del modelo de inmigración económico-laboral[1], la conexión entre inmigración y mercado de trabajo tiene una implicación muy relevante —y no precisamente en sentido social positivo—: la subordinación de la política jurídica de inmigración a través del marco jurídico-legal regulador de la misma a la racionalidad económica. Las personas inmigrantes extranjeras son instrumentalizadas —mercantilizadas— regulando —o más bien controlando— su acceso, permanencia e, incluso, retorno —o salida— atendiendo a la situación económica nacional en relación directa y conexa con las necesidades del mercado de trabajo al respecto. En esta dirección, y también derivado de esta última lógica, la política jurídica de inmigración se laboraliza: el Estado interviene activamente en el control de los flujos migratorios determinando la capacidad de acogida atendiendo a las necesidades del mercado laboral[2].

El paradigma de esta circunstancia lo constituye el artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000, que regula la política inmigratoria y, más concretamente, relaciona una serie de

(1) Entendida ésta como un conjunto de flujos migratorios cuyos protagonistas principales son personas nacionales de terceros Estados con un escaso nivel de desarrollo socioeconómico donde las condiciones de vida son difíciles. Con causa en ello, deciden emigrar hacia otros países y sociedades más evolucionadas socioeconómicamente a la búsqueda de unas mejores condiciones sociales y de vida que les permitan tener un desarrollo vital digno que mejoraría al de sus países y sociedades de origen. Consecuentemente, aparece configurado el trabajo, la actividad laboral susceptible de desarrollar, como el medio para la consecución de la finalidad pretendida, esperada y deseada. *Vid*., al respecto, ZANFRINI, L.: *Sociología delle migrazioni*, Laterza, Bari, 2007, pp. 35-48; DOUGLAS, S., MASSEY, ARANGO, J., HUGO, G., KOUAOUCI, A., PELLEGRINO, A. y EDWARD TAYLOR, J.: «Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, pp. 13-22; SÁNCHEZ BARRICARTE, J.: *Socioeconomía de las migraciones*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010, pp. 23-29.

(2) ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F.: «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas», *Revista Temas Laborales*, núm. 104, 2010, p. 15.

principios de la misma[3]. La premisa inspiradora en la configuración y relación de los mismos fue el interés explícito por la puesta en marcha de una política de inmigración legal y ordenada con fundamento en estos propios principios. Esta especificación implica que el legislador muestra interés concreto y apuesta en y por una inmigración sólo en la medida necesaria para España[4]. Se impone, pues, una lógica de control sociopolítico de la inmigración en la que se insta a la ordenación y canalización legal de la inmigración atendiendo a la capacidad de acogida de nuestra sociedad y a las necesidades reales del mercado de trabajo[5]. Así lo reafirma el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009[6], pues trata de consolidar un paradigma de inmigración en situación administrativa regular vinculada al mercado de trabajo. Para ello, no sólo sigue teniendo una trascendencia importantísima la autorización de trabajo y el permiso de residencia atendiendo a la propia legalidad para el estatuto jurídico de derechos de la persona inmigrante, sino que

(3) Se establecen los siguientes: «a) la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea; b) la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo; c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; d) la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; e) la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley; f) la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las Leyes reconocen a todas las personas; g) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas; h) la persecución de la trata de seres humanos; i) la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social; j) la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo». Debido a la transversalidad de los mismos y a su manifestación como entrelazamiento de las realidades política y jurídica, pueden ser calificados como principios rectores, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: «La articulación legal de la política de inmigración», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), Comares, Granada, 2010, pp. 81 y ss. *Cfr*. GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.ª A.: «El camino hacia una política migratoria integral. La asunción de los principios del Pacto Europeo para la inmigración: su delimitación», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 151-167.

(4) Al margen de esta concepción instrumentalizadora de la inmigración, desde la perspectiva de la *necesidad* aludida, es esencial tener presente que la inmigración, hasta el momento, ha sido clave e importante para el desarrollo demográfico, social y económico experimentado en España en los últimos y primeros años del pasado y presente siglo, así como para la sostenibilidad del consolidado —formal y materialmente— modelo de Estado social español. En este sentido, *vid*., al respecto, OCHANDO CLARAMUNT, C., ANTUÑANO MARURI, I. y SOLER GUILLÉN, Á.: «Evolución demográfica, inmigración y sistema de pensiones en España», en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), Comares, Granada, 2010, pp. 4-26. Monográficamente, MORENO FUENTES, F.J. y BRUQUETAS CALLEJO, M.: *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Obra Social La Caixa, Barcelona, 2011, pp. 141-175.

(5) En este sentido, *vid*. SOLANES CORELLA, A.: «La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana», en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA.VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 67-95; ibídem: «¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España», *Migraciones Internacionales*, vol. 4, núm. 4, julio-diciembre 2008, pp. 135-172. Sobre la realidad reciente del mismo, PAJARES, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

(6) BOE del 30. Corrección de errores de 18 de junio. Monográficamente, AA.VV.: *El novísimo reglamento de extranjería*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., Laborum, Murcia, 2011.

también la misma se tendrá que ajustar —principalmente— a las necesidades del mercado de trabajo nacional para acceder, permanecer y/o reincorporarse a él desde la más estricta legalidad[7].

En este sentido, con el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía se ha abierto un espacio diferente y multisectorial de acción para la política de inmigración —y su cuestión central sociolaboral— atendiendo al novedoso y ambicioso marco estatutario definido para las diferentes Comunidades en materia de inmigración. Ante todo, se ha pretendido fomentar el compromiso de las distintas Comunidades Autónomas con lo social, incrementando su responsabilidad para así consolidar el Estado social autonómico. En este contexto, el aspecto más polémico del nuevo marco estatutario en relación a las competencias sobre inmigración ha sido el relativo al establecido en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Cataluña en relación a la competencia exclusiva sobre la potestad para conceder o no las autorizaciones de trabajo iniciales[8].

El debate político, científico y jurídico al respecto de la misma se centró en el hecho de si los propios Estatutos estaban asumiendo una competencia constitucionalmente atribuida en exclusiva al Estado. En el mismo y en su solución jurídico-formal y material, la política del derecho ha imperado. Por el propio carácter, definición y consideración de la inmigración como económico-laboral, es de obligación y lógica jurídica-política entender la atribución por parte de los Estatutos a la autoridad laboral autonómica la competencia sobre la concesión —o no— de la autorización inicial para trabajar de las personas extranjeras inmigrantes. Su fundamento técnico-jurídico se halla en su consideración como competencia autonómica de ejecución de legislación laboral —artículo 149.1.7 de la Constitución—. La autorización de trabajo se considera una actuación administrativa de ejecución típica en

(7) Muestra paradigmática e ilustrativa de esta situación y tendencia es la Orden PRE/2072/2011, de 22 de julio, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se establece la reactivación del período transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía. Por ésta, las personas inmigrantes nacionales de Rumanía —que desde comienzos de 2009 no necesitaban ni el permiso de residencia ni la autorización de trabajo—, que lleguen a España desde el 22 de julio de 2011 o que encontrándose ya en territorio español no figuren como dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o inscritos como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo a dicha fecha, para poder trabajar por cuenta ajena tendrán que estar en posesión de la autorización de trabajo regulada en la vigente Ley Orgánica 4/2000. Precisamente, arguye el Gobierno español la decisión por el impacto de la población trabajadora rumana en el mercado de trabajo español y la difícil situación del mismo. Fundamenta jurídicamente la misma en el Anexo VII del Acta Relativa a las Condiciones de Adhesión y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, que prevé que los Estados miembros adopten esta medida cuando sufran perturbaciones en su mercado de trabajo que puedan poner en grave peligro el índice de empleo. Esta medida estará vigente desde la fecha indicada hasta finales de 2012, cuando el Gobierno evaluará los efectos de la medida, acordando la suspensión de la misma o su continuación.

(8) Siguiendo el modelo del Estatuto de Autonomía de Cataluña, significativa e ilustrativamente, el Estatuto de Autonomía de Andalucía establece en su artículo 62.1.b) que «Corresponden a la Comunidad Autónoma: b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción». *Vid*. un comentario del mismo, PIZARRO NEVADO, R.: «Competencias sobre inmigración. (Comentario al artículo 62)», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, AA. VV., MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 605 y ss.

materia laboral, por más que la vigente Ley Orgánica 4/2000 en la que se regulan formalmente no sea específica y concretamente legislación laboral[9].

Como novedad técnico-jurídica de alcance, por tanto, pasa a dominar e imperar este último artículo constitucional —el 149.1.7.ª— y sus implicaciones más inmediatas sobre el *clásico* 149.1.2.ª y la exclusividad estatal sobre inmigración y extranjería. Predomina lo laboral relacionado con la inmigración sobre la extranjería, cumpliéndose así uno de los objetivos perseguidos por la reforma operada mediante la Ley Orgánica 2/2009 —tal y como se expresa en el apartado quinto de la exposición de motivos—: adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía incidentes en el régimen de autorización inicial de trabajo. Todo ello independientemente a la consideración de la estrecha conexión que presente con el permiso de residencia, más ligado este en sí mismo a la extranjería y, por ende, en este caso sí, más propiamente de competencia exclusiva estatal. Implícitamente, con el nuevo modelo, se conduce a una regulación jurídico-administrativista tendente a marcar diferencias claras en los aspectos relativos al permiso de residencia por una parte y, por otra, a la autorización de trabajo.

Adquiere así una dimensión esencial la plena efectividad y adecuación a la realidad social de la inmigración que ha de tener en nuestro país el conjunto de medidas jurídico-políticas articuladas para la entrada y permanencia de estas personas. A tal fin, el Real Decreto 557/2011 trata de regular exhaustiva y concisamente las situaciones jurídicas de los extranjeros inmigrantes en España, tanto de los que ya se encuentran como de los que están fuera y tienen intenciones de emigrar con idéntico destino. Es clave, al respecto, el hecho de que en el mismo preámbulo del reglamento se establezca que la norma pretende clarificar, simplificar y ordenar los procedimientos administrativos, así como regular de forma clara y concisa la relación entre autorizaciones y visados, tratando de favorecer la gestión eficaz de la inmigración implicando a todas las Administraciones afectadas. Sigue imperando, por ende, la esencia controladora de la inmigración y no la social.

Una mayor concreción de este carácter se halla en el segundo de los principios relacionados. Y es que partiendo de la estrecha conexión de la inmigración con su núcleo

(9) En la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado en relación a la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, para el caso concreto del artículo 138 y de la competencia exclusiva sobre autorizaciones iniciales de trabajo, se ha manifestado que «no cuestionaría que las actuaciones ejecutivas en materia de extranjería en sentido estricto recaigan en el Estado, sino que tan sólo se limitaría a recoger una específica manifestación competencial del ámbito laboral derivada de la posibilidad abierta por el artículo 11.2 del Estatuto de 1979, tras la asunción de competencias de ejecución laboral», p. 265. Sobre la incidencia de la Ley Orgánica 2/2009 y la STC 31/2010 en relación al marco competencial autonómico en materia de inmigración, MOYA MALAPEIRA, D. y DONAIRE VILLA, F. J.: «El nuevo marco competencial y organizativo de la inmigración», en *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, AA.VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 325-337. Asimismo, *vid*. MOLINA HERMOSILLA, O.: «Las nuevas competencias autonómicas en materia de gestión de la inmigración y sus consecuencias para el ámbito de la política de empleo», en *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 163 y ss.; ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Las últimas reformas del régimen jurídico de extranjería a raíz de la publicación del Real Decreto 1162/2009 y de la Ley Orgánica 2/2009», *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pp. 67-81. En fechas anteriores a esta jurisprudencia, doctrinalmente ya se apuntaba y defendía tal concepción, MOLINA NAVARRETE, C.: «El nuevo papel de las Comunidades Autónomas en la gestión de la inmigración económica extranjera: el caso andaluz», en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA.VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), Literalia, Jaén, 2009, p. 63.

laboral esencial, se establece explícitamente que los flujos migratorios laborales se ordenan según las necesidades de la situación nacional de empleo. Destacan, al respecto, dos aspectos básicos: de un lado, la especificidad aludida de flujos migratorios laborales, cuando hubiese sido más correcto técnicamente la expresión inmigración laboral —o económico-laboral— para una adecuada designación de la realidad a la que el legislador hace referencia con este principio; y, de otro lado, el hecho de la alusión y rescate en dicho principio de un concepto jurídico indeterminado como es la situación nacional de empleo, heredado de políticas jurídicas de inmigración de años anteriores. Esta situación nacional de empleo no es más que un principio preferencial del trabajador nacional y comunitario —en este último caso, se pone en entredicho con el supuesto de los nacionales de Rumanía y la excepción aplicada ya advertida— sobre el inmigrante extranjero que viene de fuera, pues para que este acceda a un puesto de trabajo primeramente se tiene que comprobar y corroborar por los servicios públicos de empleo que no existe en el mercado de trabajo ningún nacional ni comunitario que se ajuste al perfil deseado y solicitado para el desarrollo de la actividad laboral. En vez de una libre concurrencia de personas de igual condición —trabajadoras— ante una oferta para un puesto de trabajo a cubrir, se considera al inmigrante como segunda opción con fundamento en un condicionante adicional —nacional de un tercer Estado—.

Asimismo, para que este principio adquiera mayor relevancia, sentido y alcance en clara concordancia con la inmigración necesaria, deben de funcionar con la mayor eficacia de las posibles el conjunto de mecanismos articulados para el acceso al mercado de trabajo y que los mismos se aproximen al máximo a la realidad social actual de la inmigración. Tanto la gestión colectiva de las contrataciones en origen como diferentes catálogos de ocupaciones de difícil cobertura publicados a lo largo del año han de responder certera, acertada y verdaderamente a las necesidades del mercado de trabajo nacional, atendiendo a especificidades concretas según Comunidades Autónomas, con lo que éstas también serán responsables del correcto funcionamiento de la nueva lógica de la política de inmigración. En el caso de Andalucía, en el Estatuto de Autonomía, el artículo 62.2 así lo establece: la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos[10].

En cualquier caso, la elaboración de éstos últimos —los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura— se ha visto complejizada por el excesivo detallismo regulador de los mismos en el reglamento de desarrollo del texto legal reformado, tanto por las ocupaciones a incluir —mayores requisitos de las mismas para incluirlas en el catálogo, destacando la especialización requerida— como para el empleador que pretenda incluir alguna actividad en el mismo —demostración efectiva de una oferta de trabajo para un puesto análogo ya cubierto— o la nueva y ambigua previsión relativa a la imposibilidad de inclusión en el catálogo de las ofertas que, por su naturaleza, sean susceptibles de ser ocupadas por desempleados demandantes de empleo a la finalización de las actividades formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo.

(10) *Vid*., al respecto, para el caso concreto andaluz, PIZARRO NEVADO, R.: «Competencias sobre inmigración. (Comentario al artículo 62)», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, AA.VV., MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), cit., pp. 615-618.

En cualquier caso, mediante el acercamiento y convergencia efectiva de la realidad social con la norma, es deseable que, desde el renovado y nuevo bloque normativo regulador de la inmigración y extranjería, el derecho se aproxime a la política del mismo y no como hasta no hace mucho en relación a este aspecto, pues en el caso concreto de estos mecanismos estaban totalmente alejados de la realidad social, haciendo que la política de inmigración, en cierto sentido y al respecto, fracasase. Para que no vuelva a ocurrir, es un reto político-jurídico muy importante el que tiene por delante el poder público atendiendo al marco jurídico regulador de la inmigración.

Por otro lado, desde la concepción advertida —laboralización de la inmigración y su política jurídica reguladora—, en el caso español —al igual que en otros países configurados como receptores de inmigración— la inmigración en pleno siglo xxi se ha convertido y transformado en la nueva cuestión social. Ésta no tiene nada que ver respecto a las condiciones en que se produjo la propia cuestión social obrera de siglos pasados, pero sí relevantemente con respecto a los resultados producidos por la misma —son comunes y se vuelven a repetir—: dificultades materiales serias de inclusión en el mercado de trabajo(11), exclusión social y explotación laboral. Las personas inmigrantes extranjeras —independientemente a su situación de regularidad o irregularidad administrativa— se ocupan en los sectores de actividad —ilustrativamente agricultura, servicios, construcción— en los que se incluyen trabajos escasamente cualificados y, resultado de ello, experimentan una precariedad laboral(12). Ésta se traduce específicamente en modalidades contractuales excesivamente coyunturales —predominio claro de la temporalidad—, salarios bajos y unas condiciones de trabajo dudosas en términos de dignidad y calidad en el empleo, con significativa ausencia de protección social(13). Por tanto, una actividad laboral indecente en contraposición al paradigma del trabajo decente defendido y propugnado por la Organización Internacional del Trabajo(14). En las condiciones materiales del trabajo de las personas

(11) El reconocimiento jurídico-legal de esta circunstancia se encuentra en el artículo 19 *octies* de la vigente Ley 56/2003, de Empleo. En el mismo, al colectivo de personas inmigrantes extranjeras se le considera como prioritario para el empleo por sus dificultades de integración e inclusión en el mercado de trabajo, articulándoseles itinerarios individuales y personalizados de empleo a tal fin. *Vid*., al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: «Artículo 26. Colectivos prioritarios», en *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del Derecho del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.ª N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), Comares, Granada, 2011, pp. 650-651. Igualmente, *vid*. CHARRO BAENA, P.: «Política de empleo y extranjería», *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo II, AA.VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 89 y ss.

(12) Al respecto, se ha señalado que la inmigración económico-laboral es el paradigma de la precariedad laboral, LACALLE, D.: *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*, El Viejo Topo, Madrid, 2009, pp. 94-103. Sobre la misma, ampliamente y con carácter general y monográfico, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011. En estrecha relación, ROMAGNOLI, U.: «Las desigualdades en el mundo del trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, pp. 13 y ss.

(13) La inestabilidad y la inseguridad en el empleo es una perspectiva relacionada directamente con la precariedad laboral en el marco de las tendencias emergentes hacia la desestabilización del trabajo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, cit., pp. 104-112.

(14) *Vid*., al respecto, el Programa de la Organización Internacional del Trabajo sobre *Trabajo decente. Un mundo mejor comienza aquí.* Para el caso concreto de su traslación a las migraciones, *vid*. el apartado I del *Marco Multilateral de la Organización Internacional del Trabajo para las migraciones laborales*, de 2006. Analizando este último, ROJAS RIVERO, G.P.: «El marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales», en *Migraciones*

inmigrantes extranjeras no se da cumplimiento —ni atisba el mismo— a sus implicaciones esenciales y fundamentales: trabajo libremente elegido, titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de carácter laboral(15), contraprestación económica suficiente para la cobertura suficiente de necesidades y protección social.

Profundizando este incumplimiento, el contexto nacional e internacional de crisis económica, derivada también en una crisis de empleo, ha supuesto el agravamiento de las condiciones de precariedad laboral. Se ha dualizado, segmentado y fragmentado con brechas más profundas el mercado de trabajo para con estas personas extranjeras inmigrantes(16). No sólo sus condiciones laborales se han visto todavía más perjudicadas —en términos de mayor precariedad aún—, sino que su empleabilidad se ha visto seriamente dañada por la escasa demanda de trabajo —general, en tiempos de crisis, y concreta, en los sectores productivos en los que se han venido ubicando—, hasta el punto de ser uno de los colectivos más afectados por las elevadas tasas de desempleo sufridas sucesivamente a lo largo de los meses desde que comenzó la crisis(17). Se ha demostrado la vulnerabilidad de este colectivo hasta el punto de ubicar a sus integrantes no ya en riesgo de exclusión social, sino en la misma y en el límite con la pobreza(18).

La respuesta político-jurídica a la inmigración por parte del poder público ha sido en una doble dirección: restrictiva y selectiva(19). Por una parte, restrictiva, porque, de un lado, coyunturalmente ha restringido drástica y cuantitativamente las necesidades del mercado de trabajo nacional respecto a la inmigración, tal y como queda manifestado en el escaso número de ocupaciones ofertadas en la gestión colectiva de contrataciones en ori-

---

laborales. Acción de la OIT y política europea, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 177 y ss.

(15) Monográficamente, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008. *Cfr*., FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2007.

(16) Se ha manifestado, en este sentido, que la precariedad laboral, en gran medida, es una de las consecuencias más visibles de la segmentación del mercado de trabajo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, cit., p. 116. Desde una perspectiva internacional, AWAD, I.: «Migraciones laborales internacionales en tiempos de crisis económica: 2008-2009», en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), cit., pp. 17 y ss. ibídem: *The global economic crisis and migrant workers: impact and response*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009. Desde una óptica nacional, ELU TERÁN, A.: «Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas», *Revista Cauces*, núm. 15, 2011, pp. 27 y ss.; GRAU PINEDA, C.: «El impacto de la crisis económica sobre la gestión de los flujos migratorios laborales en España», *Revista Temas Laborales*, núm. 109, 2011, pp. 73 y ss.

(17) Analizando la incidencia que el desequilibrio económico provoca sobre la cobertura ante el desempleo de la población inmigrante extranjera, TOBES PORTILLO, P.: «Inmigración: crisis económica y protección por desempleo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 91, 2011, pp. 15 y ss.

(18) En esta situación extrema, las personas inmigrantes extranjeras también serían paradigma de la «pobreza laboriosa»: pobres que trabajan que no están en condiciones de ejercer o defender sus derechos o, directamente, que se encuentran privados de los mismos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 17, 2009, p. 10.

(19) En esta dirección se defiende que se ha tratado de contener la llegada de personas inmigrantes extranjeras, drenar el mercado de trabajo nacional y dirigir selectivamente la inmigración para atender de un modo flexible las necesidades del mercado laboral, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante», en *Inmigración, mujeres y menores*, AA.VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010, pp. 97-99.

gen —antiguo contingente anual— como en los sucesivos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura de los años 2009, 2010 y 2011[20]; y, de otro lado, mercantilizando a las propias personas inmigrantes extranjeras impulsando el retorno a sus países de origen, tanto a través de la capitalización de la prestación por desempleo[21] —programa totalmente coyuntural aprobado en plena crisis económica—, como mediante los demás programas existentes al respecto sustentados en ayudas estatales o por parte de Organizaciones No Gubernamentales —programa de retorno voluntario para inmigrantes en situación de vulnerabilidad social; asistido con reintegración; y para inmigrantes acogidos al programa de abono anticipado de prestación a extranjeros—[22]. Y, de otra parte, selectiva, porque ante la apuesta por un nuevo modelo productivo en el que predomine la innovación y el conocimiento, transponiendo la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a la entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado[23], en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 se ha introducido

(20) Por Resolución de 26 de diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para 2008, la cifra ofertada fue de 15.731 puestos de trabajo de carácter estable, que podían ser objeto de modificaciones a lo largo del año de acuerdo con la evolución de las necesidades del mercado de trabajo. El acuerdo también incluyó una cifra de 500 visados de búsqueda de empleo para hijos y nietos de los españoles de origen, de posible modificación a lo largo del año, con idéntico criterio. Por Resolución de 26 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2008, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2009, se fijó un número sensiblemente más reducido, como lógica consecuencia de las dificultades económicas y de empleo que ya estaba atravesando España desde mediados de 2008. En esta ocasión, el número de trabajadores extranjeros que pudieron acceder por esta vía fue de 901, para sectores de la industria del metal, servicios, pesca, construcción, hostelería y agricultura. En el año 2010, por medio de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, la gestión colectiva de contrataciones se vio restringida drásticamente en términos cuantitativos. Se expuso que la reducción de las contrataciones en origen para garantizar la cobertura de ofertas de empleo no cubiertas por el mercado laboral se realizó en torno a una cuarta parte de los puestos de trabajo ofertados en el año anterior. Se justificó como consecuencia, justamente, de la difícil situación del mercado de trabajo español y el importante número de personas desempleadas que permitió, salvo los supuestos contemplados en la norma, que los puestos de trabajo que se ofertasen fuesen cubiertos por personal autóctono o extranjero inscritos como demandantes de empleo en las oficinas de los correspondientes servicios públicos autonómicos de empleo. Ciertamente, esta reducción fue muy considerable, pues sólo se ofertaron 168 contrataciones en origen para trabajadores. Además, se solicitaron tan sólo médicos e ingenieros. Por su parte, para el año 2011, con la Orden TIN/3364/2010, de 30 de diciembre, se expuso claramente que el número de contrataciones de carácter estable se había limitado a un conjunto muy reducido de ocupaciones. Se sigue, así, por tanto, la línea restrictiva de la norma del año anterior. La reducción fue realmente drástica y espectacular, pues sólo se establecen 14 contrataciones en origen y referidas sólo a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Más concretamente: 8 médicos especialistas en pediatría, 4 en urología y 2 en cardiología.

(21) *Vid*., al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: «La regulación jurídica del nuevo modo de capitalización de la prestación por desempleo: análisis jurídico-político del Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre. La mercantilización de los trabajadores extranjeros inmigrantes», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. (dirs.), MORENO VIDA, M.ª N. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), Comares, Granada, 2010, pp. 581 y ss.

(22) Sobre los mismos, *vid*. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.ª B.: «El plan de retorno voluntario: significado y consecuencias», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), cit., pp. 655-665.

(23) Desde la perspectiva de su consideración como un instrumento de la gestión activa comunitaria de las migraciones, USHAKOVA, T.: «La directiva de la tarjeta azul de la Unión Europea como instrumento de política activa de gestión migratoria», *Revista Tribuna Social*, núm. 236-237, 2010, pp. 57-69.

el artículo 38 *ter*, titulado residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados. El mismo establece, para estas personas, mecanismos de entrada, permanencia y salida más flexibles y garantistas que los fijados de un modo general y clásicos ya[24]. Por tanto, frente y junto a la restricción de la inmigración clásica de años anteriores a la crisis, se añade e impulsa la nueva tendencia y orientación selectiva en la entrada, permanencia y salida de estas personas extranjeras —también inmigrantes— pero cualificadas.

De esta manera, la regulación jurídico-legal de la inmigración en relación al mercado de trabajo o bien debería de valorarse y enjuiciarse desde el nuevo derecho antidiscriminatorio o bien se debería cambiar la concepción económico-laboral de la inmigración de escasa cualificación presente en nuestra sociedad. En esta dirección, ante el carácter global y permanente de las migraciones —independientemente a que varíen la cantidad de los flujos en determinados momentos coyunturales—, así como económico-laboral, claramente se ha de apostar por la cualificación y formación de las personas inmigrantes extranjeras, a fin de que el trabajo sea digno, estable y de calidad —trabajo decente—. Se dotaría así del necesario sentido social y humanitario a las migraciones y no simplemente de control social en torno a las necesidades económicas de los países y de su mercado de trabajo. Si esto no es así, se produciría una brecha social en el seno de los movimientos migratorios entre la inmigración económico-laboral sin cualificación o con ésta más baja —clásica hasta ahora—, con condiciones un tanto precarias y empleada en segmentos laborales peores del mercado de trabajo y otra inmigración específicamente cualificada y reconocida como tal con condiciones más beneficiosas en su entrada, residencia y estatuto jurídico-social de derechos.

II. EL ESTATUTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA INMIGRANTE EXTRANJERA

Uno de los principios de la política migratoria —en la relación establecida en el artículo 2 *bis* de la vigente Ley Orgánica 4/2000 figura en quinto lugar— es el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para aquellos extranjeros inmigrantes que residen o trabajan legalmente en nuestro país, formulado a través del principio de no discriminación. Con ello se trata de proteger a estas personas extranjeras en relación a los nacionales y comunitarios, asegurándoles una igualdad de derechos, que también aparece como clave para la integración social de los mismos. La política de inmigración y su conjunto de acciones ha de actuar como instrumento político-jurídico con el que plasmar en la realidad una igualdad de tratamiento y no discriminación en la atribución de derechos a estas personas con base a los términos previstos en la Ley y sólo para aquellos que se encuentren en situación administrativa regular en nuestro país —con las autorizaciones de residencia y trabajo—.

(24) Profundizando en los mismos, ROMERO CORONADO, J.: «Residencia y trabajo de extranjeros profesionales altamente cualificados», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), cit., pp. 697 y ss. Igualmente, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), cit., pp. 497 y ss.

Sin embargo, la perspectiva social jurídico-protectora de la política de inmigración se olvida de la otra realidad a la hora de impulsar y garantizar una igualdad de trato y no discriminación para con los extranjeros inmigrantes, pues carece de mención la realidad social de la inmigración irregular, del conjunto de personas extranjeras inmigrantes presentes en nuestra sociedad que, o bien entraron de un modo irregular a nuestro país saltándose los modos previstos al efecto o bien han quedado en esta situación tras estar en situación de regularidad administrativa durante un tiempo. La política de inmigración no tiene ningún principio inspirador de acción para con este otro conjunto de personas extranjeras inmigrantes, originando de un modo explícito un tratamiento, diferenciación y discriminación legal sobre personas con diferente condición administrativa. Jurídica y políticamente se está creando una fractura social de tratamiento desigual en el marco de un Estado social y las implicaciones sobre la igualdad que tiene este carácter. Es más, este principio actúa como involucionista para la política de inmigración, ya que implícitamente provoca una fractura social de tratamiento en el seno de la sociedad no entre extranjeros inmigrantes y nacionales sino entre aquéllos en base a su condición administrativa, no siendo este aspecto una reforma y sí un retroceso hacia el espíritu y la lógica que ya imperó con la Ley Orgánica 4/2000 en su reforma por la Ley Orgánica 8/2000.

Entroncado con el principio anterior se encuentra el sexto, pues en el mismo se fija la garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales en concordancia con las leyes, la Constitución y los Tratados Internacionales. Es decir, se establece un principio político-jurídico de carácter garantista, especial y explícitamente en su vertiente de ejercicio de los derechos, mientras que implícitamente se entiende que en titularidad. En este sentido, uno de los motivos principales técnico-jurídicos de la nueva reforma legal ha sido la adecuada regulación en titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas y que el anterior marco legal restringía en su ejercicio —particularmente para los inmigrantes irregulares— hasta la resolución de los recursos de inconstitucionalidad resueltos en las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007. Así, el principio no sólo consolida y reafirma una de las motivaciones técnicas de la última reforma legal, sino que viene a plasmar implícitamente el nuevo canon hermenéutico de interpretación de los derechos humanos fundamentales en relación a los extranjeros inmigrantes: la extensión de los derechos de ciudadanía a éstos como objetivo político-jurídico bajo el amparo de que necesariamente se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial aquellos concordantes con los términos fijados al respecto en las normas internacionales, tal y como se deduce del artículo 10.2 de la Constitución.

Y es que este último no es el que ha imperado en las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000. La premisa esencial al respecto ha sido la definición de extranjero establecida en sentido negativo. Es decir, por exclusión: el que no es nacional español, tal y como se desprende del propio texto legal en su artículo primero, apartado primero. Pero hay una excepción a esta exclusión y grupo de los no nacionales —tal y como se recoge en el artículo 1.3 de la misma Ley—, al no incluirse en ellos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario. Esta circunstancia ha venido constituyendo hasta el momento anterior al último

proceso de reforma legal una deficiencia técnica[25] porque la definición ignoraba, de un modo formal, la radical superación de la tradicional definición negativa de extranjero con la incorporación de España a la Unión Europea. En virtud de ésta se aceptaba el pleno desplazamiento del poder de determinación de la condición de extranjero —no así, como se sabe, de la cualidad de nacional— desde el derecho interno al Derecho Comunitario. Este desplazamiento, que impedía considerar al nacional comunitario —por tanto nacional no español— como extranjero en sentido jurídico, es especialmente manifiesto a partir de la introducción, desarrollo y progresiva consolidación del concepto de ciudadanía comunitaria, pese a su carácter complementario y no sustitutivo de la ciudadanía nacional. Sin embargo con la última reforma esta deficiencia técnica-jurídica se ha superado, pues expresamente se delimita de un modo específico y concreto el ámbito de aplicación legal una vez más en sentido excluyente con referencia expresa a «los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables».

En este contexto es en el que hemos de tener presente que en la regulación legal de extranjería es indispensable el respeto a lo que venga establecido en la Constitución Española referido a este aspecto y a los Tratados y Pactos de derechos de carácter internacional. A nivel internacional, se ha de ser consciente de que como consecuencia del paso histórico de los tratados internacionales entre Estados con poca o nula proyección en el derecho interno, a los tratados y pactos de derechos humanos de carácter universal, se produjo un establecimiento de estándares mínimos internacionales a los que el contenido del derecho interno regulador debe de ajustarse. De este hecho se deriva la situación por la que los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional. Por tanto, en la regulación que se produzca en cada uno de los Estados concretos, se deben respetar, genéricamente, los mínimos internacionales establecidos entre los pactos, declaraciones, convenios, etc., siguientes: Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales, la Carta Social Europea de 1961, entre otros.

A nivel constitucional español, el artículo que se convierte en referencia es el 13[26], por el que se garantiza, sin más, que los extranjeros que se encuentren en España gozarán de los derechos que se reconocen el Título I de la misma con un simple condicionante fundamental, «en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley». Es decir, la Constitución no regula en sí misma los derechos y libertades de los extranjeros, sino que los enuncia y utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los

(25) Puesta de manifiesto por un sector de la doctrina *iuslaboralista*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada», *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm. 8, 2003, p. 108.

(26) *Vid*. un comentario del mismo por MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes», en *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.ª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 203-246.

mismos a lo que venga establecido tanto a nivel internacional, en los grandes tratados y pactos internacionales, como a nivel infraconstitucional, en el desarrollo legal de los mismos, concretado para nuestro caso en la Ley Orgánica 4/2000. Por tanto, se ha de afirmar que no es exclusivamente una Constitución para los españoles, si bien haya sido realizada por éstos[27]. El texto constitucional no ha desconstitucionalizado los derechos fundamentales de los extranjeros —que tienen su fuente primaria en el texto constitucional— sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley.

En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el título I de la Constitución, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudirse, en primer lugar, a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio «depende del derecho afectado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). En segundo lugar, a la regla contenida en el artículo 13 de la Constitución, según la cual «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Añadiendo que «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Como se deduce de su redacción y de su misma ubicación en el Capítulo I —«De los españoles y los extranjeros»— del Título I, este precepto constitucional hace referencia a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídicas diversas. De este modo, la remisión a la Ley que contiene el artículo 13.1 no comporta una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en el artículo 10.1 y 2 de nuestra Norma Fundamental.

Para el Tribunal Constitucional existen derechos del Título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, FJ 3). Precisamente, estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos. Dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al artículo 10.1 de la Constitución es el fundamento del orden político español (Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; y 130/1995, FJ 2). Se trata, en efecto, de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, FJ 7). Esa inherencia a la personalidad afecta al conjunto de los derechos fundamentales de la persona según su garantía constitucional y en conexión obli-

(27) En este sentido, *vid*. GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas internacional, Madrid, 2008, pp. 51-90 y 97-124.

gada con el canon hermenéutico consagrado *ex* artículo 10.2 de la Constitución (carácter hermenéutico que ha sido realzado reiteradamente por el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 78/1982; 84/1989; 139/1989, y, evidentemente, las 236 y 259/2007). Es lo cierto que la dignidad humana —artículo 10 de la Constitución— impone el reconocimiento a toda persona, independientemente de la situación en que se encuentre, de los derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla efectivamente, por lo que esta dignidad de la persona constituye un mínimo infranqueable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido —como es obvio— el mismo legislador infraconstitucional. Es así que deberá prestarse una especial atención la observancia por el legislador de los límites que impone el texto constitucional.

El artículo 10.2 de la Constitución constituye, pues, el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, precepto sobre el que el propio Tribunal Constitucional ha dicho que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. De este modo, en la práctica, este contenido se convierte con cierto sentido en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo II del Título I de nuestra constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, FJ 5), habiendo señalado, además, que especial interés revisten, en este proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esta decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de los valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incluirnos en un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 78/1982, y 38/1985) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1984, 114/1984, 245/1991, 85/1994 y 49/1999).

De ahí que corresponda examinar, primeramente, la conexión del concreto derecho de que se trate con la garantía de la dignidad humana. Tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege —contenido esencial— para precisar seguidamente en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona, pero acudiendo necesariamente para ello a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 CE; precepto, éste, que significativamente se ubica dentro

del mismo artículo garante de la dignidad de la persona; Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, FJ 3.º). Hecho lo cual, y una vez comprobada la vinculación del derecho con la dignidad de la persona, lo que deberá comprobarse es si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible. En tal sentido, si el derecho es de toda persona —derecho universal—, sólo cabe establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, pero siempre que virtualmente no suponga una privación del mismo; es decir, siempre y cuando el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales respete un contenido del mismo —que lo hace reconocible como tal— que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona y al libre desarrollo de su personalidad, independientemente de la situación en que se encuentre. Esta es, en lo sustancial, la premisa argumentativa y hermenéutica que sirve de apoyo a las sentencias del Alto Tribunal 236 y 259/2007. Pronunciamientos, a su vez, motivadores de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y fundamentación jurídica de la universalidad en titularidad y ejercicio atribuida en ella a los derechos humanos fundamentales de las personas —inmigrantes extranjeras en este caso—.

Respecto a estos planteamientos, se ha de dejar constancia, en todo caso, de que es una interpretación jurídica. Así, la *ratio* de la norma es identificable sobre la base de una reflexión compleja sobre su fundamento lógico y axiológico, que sepa unir la exigencia de coherencia intrínseca del ordenamiento y su adecuación a las exigencias sociales históricamente determinadas[28]: señaladamente en este caso la cultura de los derechos fundamentales.

El alcance más inmediato de esta última en relación a la nueva doctrina consolidada de reconocimiento de titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales es que su positivización infraconstitucional —pero en clara concordancia con la Carta Magna— es la que hace efectiva el contenido y pretensión moral de aquéllos, para lo que se fundamenta en caracteres importantes derivados de la idea nuclear de la dignidad humana[29]. Así, ante la universalidad desprendida como carácter intrínseco de los derechos humanos fundamentales, si se produce la negación o incluso la restricción de éstos, se está vulnerando una de las premisas básicas de la modernidad, como es la universalización de los derechos[30]. En este sentido, la inmigración plantea un desafío para la universalidad de los derechos humanos y su institucionalización. Esa universalidad se alcanza vinculándolos, de modo inescindible, a la condición de persona; y es, ésta, desde luego, el mejor modo de hacerlos más fuertes en sus garantías de efectividad. Esto da lugar a que se esté produciendo la paradoja de la universalidad[31]: todos los seres humanos son titulares de iguales derechos, mientras

---

(28) Sobre estos planteamientos, BETTI, E.: *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos,* trad. J.L. de los Mozos, Edersa, Madrid, 1975; HECK, P.: *El problema de la creación del Derecho,* trad. de Manuel Enteza, Comares, Granada, 1999.

(29) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. con la colaboración de DE ASÍS ROIG, R. y BARRANCO AVILÉS, M.ª C.: *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 27-47.

(30) MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «¿Tienen derechos los inmigrantes?, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pp. 6-7.

(31) PÉREZ DE LA FUENTE, O.: «Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes», en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA.VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), Dykinson, Madrid, 2006, p. 249. ibídem: «Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas

que las políticas de inmigración conllevan la falta de reconocimiento o la no adecuada garantía de los derechos de los inmigrantes.

En este sentido, es clave la concreta voluntad de la política de derechos fundamentales, que está llamada a decidir sobre la oportunidad de positivar aquellos valores fundamentales para el orden de convivencia formalizados jurídicamente en la Constitución. En esta última dirección, tanto los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y las sentencias que reiteran sus planteamientos, como la plasmación legal de su doctrina en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, han sido la punta de lanza para la superación de la tradicional doctrina jurisprudencial de la concepción de los derechos sociales fundamentales como derechos de configuración legal, que no ha respetado ni su contenido esencial como derecho fundamental ni la regulación constitucional de los mismos en clara concordancia con el marco internacional. Se trata así de reafirmar y dejar constancia de que van a ser derechos fundamentales sociales aquellos que sean derechos fundamentales en nuestra Constitución, derechos subjetivos constitucionales, y que posean un contenido social, siendo posible la distinción entre ellos según sean derechos fundamentales de libertad que tienen una faceta prestacional o derechos fundamentales de prestación. Y para ello es imprescindible colocar al titular de los mismos en el marco del Estado social de Derecho que la misma Constitución consagra como fórmula político-jurídica.

De este modo, con los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y la plasmación de su doctrina en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, no sólo se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad que se habían interpuesto contra la Ley Orgánica 8/2000, sino que se produce un avance muy relevante y significativo para la regulación del estatuto jurídico de derechos de los nacionales de terceros Estados en nuestro país en una dirección básica, a saber: su adecuada regulación legal conforme a los esquemas constitucionalmente establecidos que, a su vez, se encuentran en clara consonancia y concordancia con lo establecido a nivel internacional en los grandes Tratados, Acuerdos, Pactos o Convenios de los que España es parte. Derechos que, de modo inequívoco, son intrínsecos a la persona y a su dignidad, lo que hace que tengan el carácter de derechos fundamentales de todo hombre en cualquier Estado, siendo éstos expresión máxima de los derechos humanos.

En este sentido, se produce un avance jurídico-político con la nueva regulación legal de derechos sociales fundamentales como el derecho de reunión, libre sindicación, huelga o la asistencia jurídica gratuita, junto a otros que no tienen un carácter tan estrictamente laboral[32]. Una nueva regulación ahora sí acorde a la propia naturaleza y finalidad de los mismos y al marco constitucional e internacional regulador de ellos. Sin embargo, la valoración positiva que exige esta nueva regulación no lo es tal en el reconocimiento efectivo

---

paradojas sobre los inmigrantes», en *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, AA.VV., MARCOS DEL CANO, A. M.ª (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 266-270. Asimismo, *vid*., al respecto, monográficamente, AA. VV., *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, CHUECA SANCHO, Á. (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

(32) Sobre los mismos, monográficamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: «El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), cit., pp. 231-264.

y garantía de los mismos, pues se incluyen en una ley que incide en que la política inmigratoria definida en ella responde al dominio de los flujos migratorios y su orientación al beneficio propio y al control social de la inmigración irregular.

III. CONCLUSIONES

En pleno siglo xxi, las políticas jurídicas reguladoras de los flujos migratorios y de los derechos fundamentales no se hallan globalizadas en igual medida que otros órdenes, significativamente el económico[33]. Para avanzar en una dirección contrapuesta a esta realidad y relacionarla con este último orden, se ha de tener presente que los protagonistas de los flujos migratorios son, ante todo, personas a las que no se les puede culpar de su proceso y proyecto migrante, sino más bien se debería pensar, valorar y ser conscientes del origen de las migraciones y las desigualdades sociales existentes. Éstas son notables entre zonas, regiones y Estados socioeconómicamente cada vez más subdesarrollados —coincide esencialmente con países del Sur—, y zonas, regiones y Estados socioeconómicamente prósperos y desarrollados —coincide esencialmente con países del Norte— que conciben a aquéllas como la mano de obra necesaria para su cada vez mayor desarrollo.

En este sentido, se olvida la importancia que tiene para la vida de las personas, sobre todo los inmigrantes extranjeros, el trabajo, la actividad laboral que desarrollen como medio para alcanzar una vida digna. Una vida que tienen la intención de que sea un poco más digna de la que dejaron en sus Estados de origen. Desde esta perspectiva es desde la que necesariamente sería oportuno que se enfocasen las políticas y legislaciones reguladoras de la extranjería e inmigración, por supuesto que favoreciendo, si se pretende y es la intención, un orden y control en la inmigración, pero con un contenido eminentemente social, nada fragmentador y excluyente. En ello es clave tanto el estatuto protector brindado por la eficaz universalidad de los derechos humanos fundamentales de toda persona, como un trabajo desmercantilizado en régimen de libertad e igualdad —trabajo decente—.

Atendiendo a estos postulados, se ha de considerar el trabajo como un potencial y real elemento de integración, en cuanto concebido éste como un componente básico para la solidez del grupo humano[34]. Así, se deben de encontrar nuevas vías para tratar de compaginar lo económico con lo social —la inmigración económica-laboral con las dimensiones sociales que posee esta realidad—, en cuanto que la economía tiene que servir a los fines que se trazan por la sociedad democrática con la pretensión de poner la racionalidad económica al servicio de una sociedad justa e igualitaria[35]. Debería imperar la circunstancia de que es la mera condición de persona que trabaja —más allá de la situación administrativa— y su lugar de residencia los que determinarían que a ésta le correspondiese un estatus

(33) *Cfr*. MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á.: «Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada», *Revista Justicia Laboral*, núm. 47, 2011.

(34) OLIVÁN LÓPEZ, F.: *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dikynson, Madrid, 2004, p. 159.

(35) MONEREO PÉREZ, J. L.: «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3.ª época, núm. 2, 1999, p. 247.

jurídico relativo constituido por el consiguiente conjunto de derechos reconocidos por la denominada constitución del trabajo[36]: derechos individuales, colectivos y de protección social. Es decir, el trabajo se constituiría materialmente en un elemento superador no sólo de la distinción entre extranjero y nacional, sino también entre los primeros en base a las autorizaciones administrativas, con un claro sustento y apoyo tanto en su actividad como en su concepción implicadora de un fenómeno universal[37].

Con estas propuestas, sería necesario afrontar la inmigración desde la óptica de una ciudadanía social inclusiva en el marco del modelo de Estado social de Derecho. Éste, a lo largo de su historia, ha tenido entre sus principios de actuación el reducir y controlar los riesgos, para así proporcionar un mínimo estatuto protector de las clases más desfavorecidas, sin el que probablemente se encontrarían en una inseguridad social. Es entonces cuando el Estado social adquiriría su significación más auténtica y genuina como constructor de un sistema de protección social en los que los derechos sociales fundamentales de ciudadanía actuarían como derechos de desmercantilización.

Hay que tener en cuenta que la integración basada en los derechos exige su atribución a la persona, sin posibilidad de establecer ninguna discriminación por razón de nacionalidad. De ahí la necesidad de superar la concepción restrictiva de ciudadanía en exclusiva —y excluyente— como condición *sine qua non* de atribución o dotación de derechos. Ello supone desnacionalizar los derechos fundamentales, pues éstos son universales y como tales han de ser garantizados a todas las personas[38]. Ahora bien, no basta reconocer jurídicamente los derechos, con ser estos desde luego imprescindibles, porque la garantía efectiva tiene que ser al mismo tiempo jurídica y efectiva en la realidad social. Es decir, los derechos fundamentales tienen que ser observados en las prácticas reales de los actores —públicos y privados— que intervienen en las sociedades complejas[39].

La clave en ello es, por tanto, la superación de la visión instrumental de la inmigración protegiendo a las personas —más allá del trabajo— con este conjunto de derechos sociales de ciudadanía. Desde aquí, teniendo como referencia este paradigma, las políticas jurídicas reguladoras de la inmigración se asentarían y construirían sobre la base de una ciudadanía social de miembros iguales bajo los principios de solidaridad y justicia social, sin discriminación alguna por la condición administrativa personal en la atribución de derechos ante situaciones y condiciones iguales.

(36) MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996, pp. 156 y ss.

(37) BAYLOS GRAU, A.: *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 14.

(38) FERRAJOLI, L.: «Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: un constitucionalismo global», *Revista Insomnia*, núm. 9, 1998, p. 183; ibídem: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001, *passim*.

(39) SEN, A.: *La idea de justicia*, Taurus, Madrid, 2010. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2009.

II. FAMILIARES DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y REGISTROS DE PAREJAS DE HECHO DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y AYUNTAMIENTOS

JOSÉ VICENTE LORENZO JIMÉNEZ

Doctor en Derecho
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Familiares de ciudadanos de la Unión Europea y registros de parejas de hecho de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos

El presente trabajo tiene por objeto estudiar si dentro del concepto de familiares de ciudadanos de la Unión Europea a los que se refiere la Directiva 2004/38/CE pueden ser incluidas las parejas de hecho inscritas en alguno de los registros de parejas de hecho creados y regulados por las Comunidades Autónomas o por los Ayuntamientos. Tras un análisis de la propia Directiva y sus antecedentes, así como del Derecho interno español, tanto estatal como autonómico, se llega a una respuesta negativa, ya que el concepto de unión registrada no incluye a las uniones no matrimoniales que se inscriben en los registros españoles, y además lo contrario supondría ignorar el sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Palabras clave: Familiar de ciudadano de la Unión Europea, pareja de hecho, registros autonómicos, distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

ABSTRACT

Family members of EU citizens and partnership registers of Autonomous Communities and Municipalities

The Directive 2004/38/CE says that the partner with whom the Union citizen has contracted a registered partnership is a «family member». The Spanish Regions and municipalities have created and regulated unmarried couples' registers. The present paper has for object to study if the unmarried couples inscribed in these registers can be included as family members according to the EC Directive. After an analysis of the own Directive and his precedents, as well as of the internal Spanish state and regional Law, we reach a negative response: the concept of registered partnership does not include non-marital unions inscribed in Spanish registers, and also otherwise it would ignore the constitutional and statutory division of powers between State and Regions.

Key words: Family member of Union citizen, unmarried couple, regional registers, distribution of powers between State and Regions.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE.

1. La legislación vigente en los Estados europeos.

2. La interpretación de la Directiva. La interpretación gramatical.

3. La interpretación sistemática de la Directiva.

4. La interpretación basada en los antecedentes legislativos de la Directiva comunitaria.

III. MATRIMONIO Y PAREJAS DE HECHO EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL: LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA DIFERENCIACIÓN DE TRATO.

IV. LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO POR NORMAS AUTONÓMICAS.

1. La regulación de las parejas de hecho por normas autonómicas.

2. Los distintos criterios seguidos en la materia por las normas autonómicas.

3. Los diferentes requisitos para la existencia de una pareja de hecho legalmente reconocida.

4. Los diferentes efectos de la existencia de una pareja de hecho legalmente reconocida.

5. Los efectos de los registros de parejas de hecho.

V. LAS PAREJAS REGISTRADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS NO CUMPLEN EL REQUISITO DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA.

1. La remisión de la Directiva a la legislación estatal.

2. La previsión del art. 149.1.8.ª CE.

3. La previsión del art. 149.1.2.ª CE.

4. La previsión del art. 149.1.1.ª CE.

5. El análisis del Real Decreto 240/2007.

6. El análisis de la jurisprudencia.

ANEXO.

I. PLANTEAMIENTO

Los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión se benefician de un estatuto en gran parte igual al de éstos, y distinto al de los demás ciudadanos extranjeros. La Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 dice que se entiende por «miembro de la familia» del ciudadano de la Unión, entre otros [art. 2.2.b)],

> «la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida».

En el Preámbulo previamente se dice que «a los efectos de la presente Directiva la definición de miembro de la familia debe incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio».

La transposición de dicha Directiva al Derecho interno español se ha producido por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que regula la entrada, libre circulación y resi-

dencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Su art. 2 establece el ámbito de aplicación, indicando que ese Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los ciudadanos de otro Estado miembro de la Unión o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reunan con él, que se relacionan, y entre ellos, a

> «la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado Parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso incompatibles entre sí».

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 ha anulado la expresión «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado». Asimismo ha anulado la DF 3.ª 2 del mismo Real Decreto, por considerar que el art. 2 (del que ha anulado la expresión «otro Estado miembro») incluye también a los familiares de ciudadanos españoles[(1)].

Tras las reformas procesales del año 2003, los asuntos de extranjería como regla general ya no llegan al Tribunal Supremo, sino que fenecen en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Pues bien, algunos Tribunales ya se han pronunciado, reconociendo a estos efectos la eficacia de la inscripción en los registros autonómicos de parejas de hecho. Así, cabe citar las sentencias del de Galicia de 1-6-11 (sentencia 601/11), y de la Comunidad Valenciana de 2-3-2011 (sentencia 158/2011), que entienden que la mención a las parejas registradas incluye a las parejas de hecho inscritas en los registros de las Comunidades Autónomas[(2)].

Pues bien, este trabajo tiene por objeto analizar si las parejas de hecho inscritas en los diferentes registros creados al efecto en España —siendo irrelevante si uno de los miembros de la pareja es ciudadano comunitario español o no español— entran dentro del ámbito de aplicación de los preceptos arriba citados[(3)]. Hay que indicar que el problema no se

---

(1) Como consecuencia, el nuevo Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, ya no incluye ninguna mención especial a los familiares no comunitarios de ciudadanos españoles análoga a la que aparecía en la DA 20 del antiguo Reglamento.

(2) RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y BOZA MARTÍNEZ, D. («Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 26, 2011, p. 197) y MARÍN CONSARNAU, D. («Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 27, 2011, p. 57 ss.), citan más sentencias en tal sentido, dictadas incluso con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo de 1-6-2010.

(3) La mayor parte de la doctrina contesta en sentido afirmativo a esta cuestión. *Vid*., por ejemplo, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y BOZA MARTÍNEZ, D., *op. cit.,* p. 196 ss.; MARÍN CONSARNAU, D., *op. cit.,* p. 39 ss.; SÁNCHEZ IGLESIAS, S., «Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión del concepto "miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión"», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 28, 2007, p. 913 ss.

limita a los casos en que España sea el Estado de acogida, tal como lo define la Directiva, sino que se extiende a los casos en que España es el Estado de origen: dicho con otras palabras, ¿las uniones registradas en España producen efecto en un Estado miembro (de acogida) que otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios?

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE

1. La legislación vigente en los Estados europeos

La primera cuestión a resolver es la de averiguar qué entiende el legislador comunitario por pareja registrada. Es evidente que el legislador comunitario tuvo que tener en cuenta las diversas regulaciones estatales entonces existentes, lo que impone hacer una breve alusión a las mismas(4).

Los precursores de la regulación de las parejas extramatrimoniales con efectos jurídicos fueron los países nórdicos en los años 80 del pasado siglo. Tras sus pasos siguieron los demás países europeos.

La primera norma en tal sentido es la sueca de 1987, referida a personas de distinto sexo, aunque se limita a regular *ciertos aspectos* de la vida en común (uso de la casa común y bienes familiares), con la finalidad de proteger al conviviente más débil.

No obstante, el principal problema que se planteaba en estos países era el de las parejas homosexuales, es decir, el problema de aquellas personas a las que no se les reconocía la posibilidad de contraer matrimonio. La tendencia primitiva fue la de dictar normas en las que no se las consideraba un matrimonio, sino una relación con ciertas analogías al matrimonio, pero de distinta naturaleza. Precisamente para hacer frente al problema de las parejas homosexuales fue por lo que se comenzó a regular una unión formalizada y registrada.

Cabe citar en este sentido la legislación de los paises nórdicos (Ley danesa de 7-6-1989; la noruega de 30-4-1993; la sueca de 1994; la de Islandia de 12-6-1996; la finlandesa de 2001). Todas ellas permiten registrar la unión en un registro público y acceder a una serie de derechos y obligaciones idénticos a los del matrimonio, con ciertas salvedades, especialmente en materia de adopción. En el mismo sentido se dicta posteriormente la Ley alemana de 2001(5), la inglesa de 2004 y la suiza de 2004. Todos estos sistemas se caracterizan, por tanto, por tener un carácter alternativo al matrimonio, y tratan de garantizar a las parejas homosexuales, que no pueden contraer matrimonio, el mismo régimen jurídico —con algunas salvedades en ciertos casos— que gozan las parejas de distinto sexo que deciden contraer matrimonio(6).

---

(4) Sobre ello, ALONSO HERREROS, D., «Algunas consideraciones sobre los registros de uniones civiles de hecho», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 61 (I), 2001, p. 278 ss.; ALONSO PÉREZ, J.I., *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 29 ss.

(5) La Ley fue motivada porque la Constitución alemana impide el matrimonio de dos personas del mismo sexo. Sobre sus vicisitudes y características, *vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *op. cit*., p. 32.

(6) ALONSO PÉREZ, J.I., *op. cit.,* p. 45 y 47.

Frente a ello, aparecieron sistemas en los que las uniones registradas se encuentran abiertas a todos, sean de igual o distinto sexo. Es el caso de la Ley holandesa de 5 de julio de 1997, siendo el régimen jurídico idéntico al del matrimonio, salvo en algunos particulares sobre el régimen legal de los hijos(7). Los requisitos formales de la conclusión de una pareja registrada se asemejan a las condiciones de celebración del matrimonio y la inscripción se realiza en el Registro Civil(8).

Como sistema específico aparece el francés tras la Ley de 15 de noviembre de 1999, que regula un pacto civil de solidaridad, de naturaleza contractual, por lo que no incide en el estado civil de las personas que lo constituyen, pues no equivale al vínculo matrimonial ni establece una relación de parentesco(9). Igualmente cabe encuadrar en este grupo la Ley belga de cohabitación legal de 1998, la Ley luxemburguesa de 2004 y la portuguesa de 2001. Todas ellas se caracterizan por reconocer un modelo de convivencia que no se basa en la integración afectivo-sexual de las personas, sino en la cooperación general para mejorar las condiciones de vida(10).

Posteriormente fue apareciendo una legislación que considera que las personas del mismo sexo también pueden contraer matrimonio. La primera Ley dictada en tal sentido es la holandesa de 2000, que ha definido el matrimonio como una unión entre dos personas, con independencia de su sexo. Este mismo sistema ha seguido la Ley belga de 30 de enero de 2003 y —ya después de la aprobación de la Directiva— la española de 2005.

Pues bien, la tramitación de la Directiva coincidió fundamentalmente con el primer estadio de la evolución, es decir, el de reconocer a la unión homosexual un mismo trato que a la unión matrimonial, pero sin considerarla como un matrimonio.

Así las cosas, a la vista de la legislación existente en los diversos Estados de la Unión Europea, cabe concluir que el legislador comunitario, cuando se aprobó el art. 2.2.b) de la Directiva, estaba pensando fundamentalmente en las uniones de personas del mismo sexo, y no en las de distinto sexo, a quienes nada impide contraer matrimonio, de modo que, si no lo hacen, se ha de respetar su decisión de vivir como parejas de hecho (11).

A la vista de la legislación de países europeos que hemos mencionado, cabe hacer una observación, que desarrollaremos más tarde: toda la legislación citada emana de los Estados centrales, a pesar de que varios de ellos tienen naturaleza federal o regional. Dicho con otras palabras, en ninguno se ha dictado una legislación infraestatal para regular la materia.

2. La interpretación de la Directiva. La interpretación gramatical

Una interpretación gramatical del art. 2.2.b) de la Directiva nos depara los siguientes resultados:

---

(7) Cabe destacar que, para la inscripción en el registro, los extranjeros tendrán que estar en posesión de un permiso de residencia válido, para evitar que haya quien se registre exclusivamente para conseguir un derecho de residencia (*vid.* ALONSO HERREROS, D. *op. cit*., p. 285).

(8) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *op. cit*., p. 37.

(9) ALONSO PÉREZ, J.I., *op. cit*., p. 50.

(10) ALONSO PÉREZ, J.I., *op. cit*., p. 57.

(11) ALONSO PÉREZ, J.I., *op. cit*., p. 42.

— Por de pronto, califica a la pareja registrada como miembro de la familia.

— Al hablar de pareja, obviamente está excluyendo la posibilidad de tríos o más, es decir solo cabe la unión de dos personas, no más.

— Alude a una unión «celebrada». Es decir, tiene un matiz de acto formal, de manera que no es suficiente una mera situación de hecho. Este carácter formal es importante, ya que no basta una mera situación fáctica, sino que es necesaria una declaración expresa de voluntad.

— La unión debe ser registrada, lo que presupone la existencia de un registro. Si no hay registro, no se da el supuesto previsto en el art. 2.2.b) de la Directiva.

— La Directiva comunitaria, sin embargo, no impone la existencia de un registro en los Estados miembros. La Directiva contiene una mera norma de remisión, por lo que son los Estados los que deciden si crear o no esos registros en su ámbito territorial.

— La Directiva presupone que la inscripción en el registro tiene una naturaleza constitutiva. Se crea así una distinción entre las uniones registradas y las no registradas, de tal manera que la unión registrada puede conferir el estatuto de familiar de ciudadano de la Unión, al contrario de lo que ocurre con las parejas no registradas.

— Además, el precepto exige que la legislación del Estado miembro de acogida debe otorgar a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios[12]. Si la legislación del Estado de acogida no contempla tal equivalencia, no cabe hablar de «miembro de la familia». Y además se exige un trato equivalente al matrimonio. Por tanto, si el trato es distinto, no se cumple el requisito.

— Por otro lado, resulta evidente que si el Estado de acogida debe otorgar a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios, con mayor razón el Estado de origen debe otorgar ese mismo trato. Sería absurdo que una pareja registrada en el Estado de origen tuviera más beneficios en el Estado de acogida que en el Estado de origen.

— La Directiva se remite también a las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida, al que, en consecuencia, se le reconoce una amplia libertad en este punto.

— Como es obvio, la remisión a la legislación nacional presupone el pleno respeto al reparto interno de competencias entre los diversos poderes públicos.

3. La interpretación sistemática de la Directiva

La interpretación sistemática de la Directiva obliga a tener en cuenta que su art. 3.2 hace una mención a *«la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada»*, considerando esta relación como de un nivel distinto. El interesado ya no goza de un derecho, sino que simplemente se le reconoce una facilitación,

(12) Sobre la idea de equivalencia, vid SÁNCHEZ IGLESIAS, S., *op. cit*., p. 927 ss.

con remisión a la legislación nacional. Estas personas no son «miembros de la familia» a los efectos del art. 2.2, y por tanto no tienen un derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida[13].

Así lo dice expresamente el Preámbulo de la Directiva, que alude en estos casos al fin de «mantener la unidad de la familia en un sentido amplio», «teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión».

4. La interpretación basada en los antecedentes legislativos de la Directiva comunitaria

Es también muy ilustrativo el examen del proceso de elaboración de la Directiva, que, por cierto, tuvo una larga duración, entre 2001 y 2004[14].

La propuesta de la Comisión, aprobada el 23 de mayo de 2001 y presentada el 29 de junio de ese año[15], se refería a «la pareja de hecho sin que exista matrimonio, si la legislación del Estado miembro de acogida asimila la situación de las parejas no casadas a las de los matrimonios y respetando las condiciones establecidas en dicha legislación» [art. 2.2.b)]. Y el art. 3.2 añadía que «los Estados miembros facilitarán la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia no definido en el punto 2 del art. 2 pero que esté a cargo o viva, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, sin perjuicio del derecho personal del interesado a la libre circulación y a la residencia».

El propio documento justificaba esta redacción aludiendo a que en los últimos tiempos el «grupo familiar» había sufrido una rápida evolución, de modo que un número creciente de personas formaban parejas de hecho, circunstancia que el Derecho comunitario no podía ignorar.

La propuesta se remitió al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Este último emitió dictamen de 13 de marzo de 2002[16] en el que «aprecia el papel central dado por la propuesta de Directiva a la necesidad de preservar la unidad familiar y, sobre todo, la nueva definición del concepto de la familia, que incluye no solo al cónyuge, sino también a la pareja de hecho sin que exista matrimonio»; añadiendo que de este modo se «da cabida a la definición amplia de *miembro de la familia* ya reconocida por algunos Estados de la Unión, sin perjuicio de lo que disponga la legislación de aquellos Estados que han decidido no aplicarla».

El Comité Económico y Social también informó favorablemente el criterio de ampliar el concepto de miembro de la familia, para acercarse «aún más a la realidad de nuestro

---

(13) No obstante, el Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas (art. 3.2 de la Directiva). A estas personas se refiere la Disposición Adicional 23 del vigente Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril.

(14) Sobre la tramitación ver MURILLO MUÑOZ, M., *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 293 ss.

(15) COM (2001) 257 final, 2001/0111 (COD). DO C 270, de 25-9-2001.

(16) 2002/C 192/05 (punto 1.14). DO C 192 de 12-8-2002.

entorno y demostrarnos mayor sensibilidad con las circunstancias que afectan a todos los ciudadanos de la Unión»[17].

El Parlamento europeo confió el examen de la propuesta a la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, que después de oír a las Comisiones de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, de Cultura, de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades y de Peticiones aprobó su informe el 21 de enero de 2003.

En lo que a nuestro tema se refiere, aceptaba una modificación de la definición de miembro de la familia, que debería extenderse para incluir a las parejas de un mismo sexo, las parejas registradas y las parejas no casadas cualquiera que fuera su sexo, si el Estado miembro de acogida o proveniencia trataba a estas parejas del mismo modo que a las casadas.

En el trámite parlamentario se propusieron numerosas enmiendas, basadas en que «la legislación de la Unión Europea relativa a la libre circulación debe reflejar y respetar la diversidad de relaciones familiares existente en la sociedad actual, ya se trate de matrimonios, parejas inscritas o parejas de hecho», de modo que «sobre la base de la igualdad y de un tratamiento justo, el derecho fundamental a la vida familiar no debe depender del hecho de que las personas decidan contraer matrimonio».

La posición del Parlamento dio lugar a la siguiente redacción del art. 2, en lo que aquí interesa, definiendo el concepto de miembro de la familia:

> «a) el cónyuge, independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional;
>
> b) la pareja inscrita, independientemente de su sexo, con arreglo a la correspondiente legislación nacional;
>
> c) la pareja de hecho, independientemente de su sexo, con la que el ciudadano de la Unión tiene una relación duradera, sin que exista matrimonio, si la legislación o la práctica del Estado miembro de acogida y/o del Estado del que es nacional concede el mismo trato a las parejas no casadas y a los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación; al valorar si existe una relación duradera, los Estados miembros deberán considerar como prueba de la relación la duración de la misma, la cohabitación previa, las responsabilidades parentales compartidas y cualquier otro factor relevante».

Por otra parte, introducía un art. 3.2 según el cual «los Estados miembros facilitarán la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia no definido en el punto 2 del artículo 2 pero que esté a cargo o viva, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o si subsisten motivos graves de salud o motivos humanitarios, sin perjuicio del derecho personal del interesado a la libre circulación y a la residencia».

No obstante, la Comisión se negó a aceptar todas estas modificaciones[18]. La Comisión analizó las enmiendas dirigidas a modificar el artículo 2, relativo a la definición de los

(17) Punto 3.7 del dictamen (2002/C 149/12). DO C 149 de 21-6-2002.

(18) 15-4-2003, COM (2003) 199 final; 2001/0111 (COD).

miembros de la familia, en particular, en lo referente a la noción de cónyuge y de pareja. La Comisión observaba que las enmiendas del Parlamento se proponían reconocer, como miembros de la familia, al cónyuge del mismo sexo a semejanza del cónyuge de distinto sexo, a la pareja inscrita sobre la base de la legislación del Estado miembro de origen y a las parejas no casadas sobre la base de la legislación o la práctica del Estado miembro de origen o de acogida. Pues bien, la Comisión consideró que de la armonización de las condiciones de residencia de los ciudadanos de la Unión en Estados miembros de los que no fueran nacionales no podía derivarse el imponer a determinados Estados miembros modificaciones legislativas que afectasen al Derecho de familia, dada la carencia de competencia legislativa de la Comunidad en la materia. La Comisión opinaba que la propuesta modificada que presentaba suponía una solución equitativa a estas cuestiones: por un lado, respetaba el principio de no discriminación, al imponer al Estado miembro tratar a las parejas procedentes de otros Estados miembros de la misma manera que a sus propios ciudadanos, y, por otro, este texto permitía una posible evolución de su interpretación, a la luz de la evolución del Derecho de familia en los Estados miembros.

De esta forma, la Comisión rechazó las enmiendas que se proponían reconocer, como miembros de la familia, al cónyuge y a la pareja inscrita, independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional, así como a la pareja de hecho, independientemente de su sexo, con la que el ciudadano de la Unión tuviera una relación duradera, si la legislación o la práctica del Estado miembro de acogida y/o del Estado del que era nacional concedía el mismo trato a las parejas no casadas y a los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación.

La Comisión razonaba que, en lo relativo al matrimonio, deseaba no optar por una definición del término cónyuge que introdujera una referencia explícita al cónyuge del mismo sexo, ya que, en aquel momento, sólo dos Estados miembros contemplaban en su legislación el matrimonio homosexual. Además, el Tribunal de Justicia —continuaba razonando la Comisión— ha establecido en su jurisprudencia que el término matrimonio, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo, y que una interpretación de conceptos jurídicos basada en la evolución de la sociedad y que produce consecuencias en todos los Estados miembros debía hacerse mediante un examen de la situación en el conjunto de la Comunidad. La Comisión, por consiguiente, prefería limitar la propuesta a una noción de cónyuge entendida, en principio, como cónyuge de distinto sexo, salvo evolución futura.

Por lo que se refiere a las parejas, ya se tratase de parejas inscritas o parejas de hecho, la Comisión consideraba igualmente que el reconocimiento de estas situaciones debía llevarse a cabo por referencia exclusivamente a la legislación del Estado miembro de acogida. El reconocimiento, a los efectos de la residencia, de parejas de hecho según la legislación de otros Estados miembros, podría plantear poblemos a Estados miembros cuyo Derecho de familia no reconociera esta posibilidad. El reconocimiento de derechos, que no se reconocían a sus propios nacionales, a parejas procedentes de otro Estado miembro, podría efectivamente crear situaciones de discriminación a la inversa, que era propósito de la Comisión evitar.

La Comisión, por el contrario, tuvo en cuenta el deseo del Parlamento Europeo de mencionar explícitamente a las parejas inscritas en su nueva letra b) del apartado 2 del artículo 2.

Como consecuencia, la propuesta modificada de la Comisión recogía las siguientes definiciones de «miembro de la familia»:

> «a) el cónyuge;
>
> b) la pareja a la que el ciudadano esté vinculado como pareja inscrita o mediante una relación duradera, debidamente certificada, si la legislación del Estado miembro de acogida reconoce la situación de las parejas no casadas y respetando las condiciones previstas por dicha legislación».

Y según el art. 3.2, «sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, los Estados miembros facilitarán la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia no definido en el punto 2 del artículo 2 pero que esté a cargo o viva, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o si así lo justifican motivos graves de salud o motivos humanitarios».

La Posición común (CE) núm. 6/2004, de 5 de diciembre de 2003 [19], aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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) núm. 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, recogió la redacción que finalmente fue aprobada y que se encuentra hoy en vigor.

Comparando la primitiva redacción con la definitivamente aprobada, cabe observar que se ha producido una reducción notable de lo que se considera miembro de la familia, ya que gran parte del primitivo contenido del art. 2.2.b) ha pasado a integrarse en el art. 3.2:

— La redacción definitiva no incorpora el concepto de pareja de hecho, sino el de unión celebrada y registrada.

— Habla de una celebración, lo que significa que no es una mera situación de hecho, sino jurídica. Y además no basta la celebración, sino que añade el requisito del registro.

— Asimismo hay que resaltar que la Directiva establece una clara distinción entre el supuesto del art. 2.2.b), que se considera miembro de la familia, y el del art. 3.2.b), con una posición mucho menos favorable.

Hubo, por tanto, en el proceso de tramitación de la Directiva, una tendencia a restringir el ámbito de lo que se debían considerar miembros de la familia, lo que permite entender que no puede darse una interpretación extensiva al texto finalmente aprobado.

(19) DO C 54 E de 2-3-2004.

III. MATRIMONIO Y PAREJAS DE HECHO EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL: LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA DIFERENCIACIÓN DE TRATO

El art. 32.1 de la Constitución reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, añadiendo el art. 32.2 que la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Se ha planteado si, desde un plano constitucional, es necesario dar un mismo trato al matrimonio y a la unión de hecho.

En principio el Tribunal Constitucional ha llegado a una respuesta negativa. El matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, sino realidades jurídicas distintas, por lo que, en principio, nada impide su tratamiento jurídico diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones. De ahí deduce la jurisprudencia constitucional que al legislador le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia[(20)].

No obstante, con carácter excepcional el Tribunal Constitucional en determinados casos ha considerado que tal diferenciación es discriminatoria. Así lo declaró la STC 222/1992 al examinar los motivos de subrogación en el contrato de arrendamiento contemplados en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Destaquemos que esta jurisprudencia constitucional asimila al matrimonio las uniones estables de convivencia, pero sin subordinarlas a su inscripción en un registro.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, éste ha entendido que las relaciones extramatrimoniales y el matrimonio no son realidades equivalentes. La jurisprudencia civil parte del rechazo de la equiparación jurídica entre pareja de hecho y matrimonio[(21)].

Puede servir de resumen la STS de 7-7-2010 (recurso de casación 1811/2006): «Esta Sala ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio», añadiendo que «la sentencia de 12 septiembre de 2005 declara de forma taxativa que la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque ciertamente ambas instituciones se encuentran en el ámbito del Derecho de familia», de lo cual, en el caso concreto, deduce que «no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen», de modo que «la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen».

La legislación estatal también ha mantenido la distinción entre matrimonio y pareja de hecho, reconociendo solo a los miembros de aquél ciertos derechos y obligaciones. Especial interés, por el tema que estamos tratando, presenta el art. 57.2 del Estatuto básico del

---

(20) Puede verse un amplio examen de la doctrina del Tribunal Constitucional en PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *Las Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 129 ss.

(21) Cabe mencionar especialmente la STS (Pleno, Sala 1.ª) de 12-9-2005 (sentencia 611/2005). Los problemas se han planteado fundamentalmente en relación con los efectos económicos del cese de la convivencia.

empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril). Tras indicar que los nacionales comunitarios podrán, como regla general, acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, añade lo siguiente: «las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al *cónyuge* de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho». Por tanto, el precepto excluye implícitamente a las parejas de hecho, y en particular a las personas incluidas en el supuesto de hecho contemplado en el art. 2.2.b) de la Directiva 2004/38/CE.

Por el contrario, ciertas normas estatales han introducido asimilaciones al matrimonio de las parejas de hecho, pero sin subordinarlas a su inscripción en un registro. Como mucho, tal inscripción constituye un medio de prueba. Cabe mencionar una serie de ejemplos, que destacamos por su estrecha relación con las materias en las que se ha planteado la cuestión ante el Tribunal Constitucional:

— El art. 16 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos dice que en caso de muerte del arrendatario podrá subrogarse en el contrato «la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». Es decir, atiende exclusivamente a un plazo de convivencia o a la existencia de hijos comunes.

— La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, introduce modificaciones en el art. 174.3.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en el sentido de reconocer la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho. La propia Ley define la pareja de hecho y establece los requisitos y forma de probarla:

> «A estos efectos se considera pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

Así pues, a efectos del pago de prestaciones de la Seguridad Social el dato de la inscripción en el registro es uno más entre los que se manejan. En cualquier caso, hay una remisión expresa de la Ley estatal a esta clase de registros.

Aparte de los citados, cabe invocar otros muchos ejemplos de trato equivalente otorgado por la legislación estatal[22]. Pero lo que caracteriza a todos ellos es que, cuando el legislador estatal ha considerado que debe darse una igualdad de trato al matrimonio y a las parejas de hecho, no ha puesto el acento en el dato de la inscripción en un registro, es decir, en un dato formal, sino en el aspecto de una situación de hecho (convivencia estable), sin perjuicio de que ésta haya de ser acreditada, lo que puede hacerse por diversos medios de prueba, una de los cuales puede ser la inscripción en un registro de parejas de hecho. Hay que resaltar, por tanto, que en tal caso la inscripción registral no es un elemento constitutivo, sino un mero elemento de prueba.

IV. LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO POR NORMAS AUTONÓMICAS

1. La regulación de las parejas de hecho por normas autonómicas

El fenómeno de la regulación legal de las parejas de hecho es relativamente reciente en España. Pero en los últimos tiempos el ordenamiento jurídico no las ha ignorado, como más arriba ya hemos tenido ocasión de ver.

Cabe destacar la especial y adelantada actividad de numerosos Ayuntamientos, creando registros específicos de parejas de hecho, caracterizándose por la gran diversidad de regulaciones en cuanto a requisitos y efectos. Según parece el primero en crearse fue el de Vitoria, en 1994[23].

Posteriormente fue una materia a la que prestaron atención las Comunidades Autónomas, que dictaron regulaciones de cierta amplitud. La primera Comunidad que legisló fue la catalana en 1998 (Ley sobre uniones estables de pareja) y luego siguieron la mayor parte de ellas, como puede observarse en el cuadro que se incluye como anexo.

A la vista de la legislación dictada, puede observarse que no todas las Comunidades Autónomas han dictado una norma con rango de Ley, sino que algunas se han limitado a dictar una norma de rango reglamentario para regular un registro de uniones o parejas de hecho (Castilla-La Mancha, Castilla y León). Otras, como Murcia y La Rioja, han omitido toda regulación.

---

(22) La Ley orgánica 1/04 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, se refiere a la ejercida por los hombres sobre las mujeres «por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1). Por tanto, prescinde del dato del registro, e incluso de la convivencia actual. El 93.1.1 de la Ley Concursal considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural a «las personas que convivan con análoga relación de afectividad (a la de cónyuge) o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso». El art. 17.2.a) de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, asimila las situaciones de cónyuge de la persona fallecida no separado legalmente y la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad al menos los dos años inmediatamente anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieren tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

(23) ALONSO HERREROS, D., *op. cit*., p. 274 ss. En la fecha de su estudio (año 2001) calculaba que existían registros de parejas de hecho en unos 200 ayuntamientos (p. 269).

Contra alguna de estas Leyes se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad. Asimismo se han planteado diversas cuestiones de inconstitucionalidad[24].

Posteriormente en algunos de los Estatutos de Autonomía de última generación se ha venido regulando con cierto detalle esta materia. Así, el art. 17 del Estatuto de Autonomía de Andalucía dice:

> «Todas las parejas no casadas tienen el derecho a inscribir en un registro público sus opciones de convivencia. En el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma, las parejas no casadas inscritas en el registro gozarán de los mismos derechos que las parejas casadas»[25].

En el ámbito nacional el Estado ha permanecido ajeno a este afán legislador acerca de las parejas de hecho. Hubo ciertamente varios intentos de regulación en las Cortes a partir de 1994, y especialmente en el año 1997, sin que prosperaran, y en seguida decayó el interés, pasando el protagonismo a las Comunidades Autónomas[26]. Además, con posterioridad, en el ámbito estatal, el centro de gravedad pasó a la reforma del matrimonio, dictándose las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio; y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Esta variación del centro de gravedad ha dado pie para entender que ha desaparecido la razón de ser de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, al aceptarse el matrimonio homosexual y la libre disolubilidad del matrimonio. En efecto, no tiene sentido fijar un estatuto jurídico semejante pero no igual al matrimonio a quienes, pudiendo casarse, no lo quieren hacer: quienes no pueden casarse son los mismos que no pueden constituir legalmente una pareja de hecho. Y si es así, cabe cuestionar la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre la materia[27].

---

(24) Así, se ha planteado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley navarra (art. 8) (recurso 5297/2000) y contra la Ley vasca (art. 8) (recurso 5174/2003). Asimismo se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 3.2 de la Ley navarra (cuestión 228/2003). Sobre ello, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial 2003, 11, p. 133; y PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *op. cit*., p. 17. Por Auto del Tribunal Constitucional de 14-12-2004 se tuvo por desistido al abogado del Estado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley vasca. Recientemente se ha planteado cuestión de inconstitucionalidad 1826/2011 en relación con la DA 3.ª de la Ley gallega 2/2006, de 14 de junio (ver BOE de 27-9-2011).

(25) Como puede observarse, la igualdad de derechos con las parejas casadas se limita al ámbito de competencias de la Comunidad.

(26) MOLINER NAVARRO, R.M., «Proceso de juridificación de las uniones de hecho en España», en VV.AA., *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Universidades de Almería, Granada y Jaén, tomo II, Almería, 2000, p. 1163 ss.; PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *op. cit*., p. 66 ss.

(27) Ver MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El nuevo matrimonio civil», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, 130, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 48. Un sector de la doctrina ha reclamado la existencia de una normativa estatal que regule las uniones de hecho y determine los derechos y obligaciones derivadas de este tipo de relaciones (*vid.*, por ejemplo, PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *op. cit*., p. 217). Sin embargo, otro sector de la doctrina se pronuncia por la improcedencia de una regulación, sea estatal o autonómica, como consecuencia de la aporía a la que inmediatamente aludimos, y por las características actuales del matrimonio en nuestro país.

Y es que sobre la cuestión se produce una aporía insuperable[28]: la de las parejas que voluntariamente optaron por una convivencia libre de ataduras jurídicas y que más tarde pretenden buscar el amparo del Derecho, abandonándose así el concepto de pareja de hecho, que pasa a convertirse en pareja de Derecho, de lo que deriva que la aceptación social, doctrinal y jurisprudencial como opción de convivencia elegida en ejercicio de la libertad individual en modo alguno puede suponer una equiparación *ipso iure* respecto del matrimonio.

2. Los distintos criterios seguidos en la materia por las normas autonómicas

La doctrina ha puesto de relieve la multitud de criterios que siguen las distintas normas autonómicas, que responden a patrones diferentes.

Una primera distinción es la que existe entre las Comunidades con competencias en materia de legislación civil y las demás. La distinción es importante, porque el título en que pueden basarse aquéllas es precisamente el de la legislación civil (art. 149.1.8.ª CE).

Entre las primeras se encuentran Cataluña, Aragón, Navarra, País Vasco, Galicia y Baleares. Así, estas legislaciones suelen incluir aspectos que indudablemente son de naturaleza civil (contribución a los gastos comunes, obligación de alimentos, prohibición de disponer de la vivienda común, compensaciones por cese de la convivencia, etc.)[29].

Con respecto a las aspectos jurídico-privados cabe distinguir entre el régimen económico y el régimen personal. Y desde otro punto de vista distingue entre dos momentos: el de la convivencia y el del cese de la convivencia[30].

Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas en las que no existe un Derecho civil propio, normalmente se reducen a regular los aspectos administrativos, y limitados al ámbito territorial y competencial de la Comunidad en cuestión. Sin embargo, algunas de ellas incluyen normas de naturaleza jurídico-civil [31].

Desde otro punto de vista, las diferentes legislaciones autonómicas siguen diversos criterios en cuanto al ámbito de aplicación. Unas atienden a la vecindad civil de al menos uno de los miembros de la pareja[32], lo que, por cierto, las hace inaplicables a aquellos supuestos en los que ambos miembros carecen de la vecindad civil en cuestión, como ocurre, por ejemplo, cuando la pareja está formada por dos extranjeros. Otras legislaciones, en cambio, atienden a la vecindad administrativa (art. 2.2 Ley vasca), al empadronamiento (art. 1.3 Ley valenciana, 2 Ley asturiana, 2.2 Ley canaria), al empadronamiento y residencia (art.

---

(28) ALONSO HERREROS, D., *op. cit*., p. 268.

(29) BERCOVITZ considera inconstitucionales tales tipos de normas, ya que para él las parejas de hecho no son supuestos iguales a los matrimonios, dado que si fueran equiparables realmente se trataría de una forma de matrimonio, en cuyo caso la competencia para legislar correspondería al Estado; y además la Constitución no reconoce distintas *clases* de matrimonios, sino distintas *formas* (BERCOVITZ, R.: «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2003, 11, p. 128 y 129).

(30) BERCOVITZ, R., *La competencia, cit.,* p. 107.

(31) Lo que es criticado por BERCOVITZ, por entender que carece de todo respaldo constitucional o autonómico (*La competencia*, *cit*., p. 109).

(32) Es el sistema seguido por las Leyes catalanas, art. 2.3 navarra, 2.2 Ley balear y 4 Ley gallega.

1.2 Ley madrileña, 4.1 Ley cántabra, 2.4 Ley extremeña) o a la residencia habitual (art. 2 Ley andaluza), bien de uno o de ambos miembros[33].

3. Los diferentes requisitos para la existencia de una pareja de hecho legalmente reconocida

Las Comunidades Autónomas establecen distintos requisitos y efectos para el reconocimiento de las parejas de hecho.

Por de pronto, como regla general, ponen el acento en la existencia de una unión afectivo-sexual, análoga a la conyugal, y por tanto alternativa al matrimonio, por lo que no contemplan otro tipo de uniones, por ejemplo, uniones de ayuda mutua o asistenciales[34].

Por lo que se refiere a los requisitos previos, no basta la mera situación de convivencia, sino que exigen determinados requisitos añadidos, normalmente de manera alternativa, tales como un cierto tiempo previo de convivencia, descendencia común, escritura pública, o la inscripción en el registro específico de parejas de hecho.

Asimismo hay algunas Comunidades Autónomas que exigen que ambos miembros de la pareja no estén unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho (art. 4 Ley aragonesa, art. 2 Ley navarra, art. 2 Ley valenciana, art. 2 Ley balear, art. 2 Ley vasca, art. 3 Ley andaluza, DA 3.ª Ley gallega).

Sin embargo, la tendencia de las últimas leyes es a obviar este requisito, de manera que pueden tener la consideración legal de parejas de hecho quienes mantengan una relación matrimonial previa con terceros. Así, el art. 2.1.b) Ley madrileña sólo excluye a «las personas ligadas por el matrimonio *no separadas judicialmente*», al igual que los arts. 2 Ley canaria, 3 Ley extremeña y 4 Ley cántabra. Es decir, estas regulaciones hacen prevalecer la existencia de la convivencia como situación de hecho sobre la existencia de un vínculo matrimonial anterior. La Ley catalana 25/2010 de 29 de julio, ha dado un paso más, al negar la posibilidad de constituir una pareja estable a «las personas casadas y *no separadas de hecho*» (art. 234.2), por lo que una persona casada pero separada de hecho puede constituir una pareja estable con una tercera persona.

---

(33) La doctrina ha puesto de manifiesto los graves problemas de conflictos de leyes que se plantean por atender a distintos criterios de conexión, máxime cuando en muchas ocasiones basta que uno de los miembros de la pareja entre dentro del ámbito de aplicación de una legislación autonómica para que ésta sea aplicable. *Vid.* sobre ello ZABALO ESCUDERO, M.E., «La legislación autonómica sobre las parejas de hecho y los conflictos de leyes internos», en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 47 ss.; BERCOVITZ, R., «El ámbito de aplicación de las leyes autonómicas de parejas de hecho», en VV.AA., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia, tomo I, Murcia, 2004, p. 597 ss. Además, gran parte de la doctrina considera contrarias al art. 149.1.8.ª de la Constitución las normas contenidas en las leyes autonómicas sobre parejas de hecho encaminadas a determinar su ámbito de aplicación, por lo que a los efectos civiles de aquéllas se refiere (*vid.*, por ejemplo, BERCOVITZ, R., *op. cit*., p. 598).

(34) No es el caso de Cataluña, que ha regulado también lo que llama las relaciones convivenciales de ayuda mutua (en la actualidad, Título IV de la Ley 25/2010 de 29 de julio). Dudoso es el caso de la Ley valenciana, que se limita a exigir una relación de afectividad, que no exige sea análoga a la del matrimonio, aunque parece presuponerla (PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *op. cit.,* p. 191). Lo mismo cabe decir con respecto a la Ley madrileña.

La mayor parte de las leyes exigen la inscripción en un registro de parejas de hecho, creado al efecto por la Comunidad Autónoma (art. 2 Ley aragonesa, art. 1 Ley valenciana, art. 1 Ley balear, art. 1 Ley madrileña, art. 6 Ley andaluza, arts. 2 y 4 Ley extremeña, art. 3 Ley vasca, arts. 1 y 6 Ley cántabra, DF Ley gallega). Es decir, en estos casos la inscripción no es meramente declarativa, sino constitutiva[35].

No obstante, algunas Leyes contemplan el registro como meramente voluntario, no constitutivo y simple medio de prueba de la existencia de una pareja estable (art. 3 y DA Ley navarra, art. 3.2 Ley asturiana, arts. 4 y 6 Ley cántabra).

Por su parte, la legislación catalana no contempla inscripción alguna, hasta el punto de que el mero transcurso del periodo de convivencia de dos años origina una pareja estable y la aplicación de su régimen jurídico, con independencia de la voluntad de los interesados.

4. Los diferentes efectos de la existencia de una pareja de hecho legalmente reconocida

La existencia de una pareja de hecho legalmente reconocida produce distintos efectos en función de la legislación dictada por cada Comunidad Autónoma.

Por de pronto, cabe distinguir entre las Comunidades Autónomas que tienen competencias para dictar legislación civil y las que no la tienen. El art. 149.1.8.ª CE dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de las derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; y en todo caso —en lo que aquí estamos tratando— las reglas relativas a las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio y ordenación de los registros.

Quiere ello decir que la regulación de esta materia por las Comunidades Autónomas tiene un alcance limitado, en cuanto que no puede invadir competencias estatales, sobre todo cuando se pretende una equiparación de las parejas de hecho con el matrimonio. Si la regulación de las parejas de hecho fuera plenamente equiparable a la del matrimonio, entonces la competencia no correspondería a las Comunidades Autónomas, sino al Estado. Las leyes autonómicas parten de la premisa de que las parejas de hecho, siendo parecidas al matrimonio, son en realidad otra cosa[36].

Por ello, normalmente las leyes autonómicas han tenido especial cuidado en resaltar sus limitaciones, especialmente las que carecen de competencias en materia de legislación civil.

Es muy significativo el preámbulo de la Ley catalana 10/98: «Como es obligado, el trato legislativo de estas dos uniones en convivencia se ha ajustado al marco de las competencias autonómicas en la materia, razón por la cual ha sido preciso excluir las cuestio-

---

(35) Para BERCOVITZ, la inscripción en el Registro es un requisito de eficacia en la Ley aragonesa de 1999 (art. 2) y en la Ley andaluza (art. 6.3) (*vid.* «La competencia», *cit*., p. 127). Por cierto, en la legislación aragonesa la inscripción en el Registro lo es a efectos de que a la pareja estable no casada «le sean aplicables las medidas administrativas que le correspondan» (art. 304 Ley aragonesa de 2011), lo que parece excluir las civiles.

(36) BERCOVITZ, R., «La competencia», *cit*., p. 106.

nes propias del derecho penal, las de carácter laboral y las relativas a la seguridad social. La Ley desarrolla básicamente las competencias de derecho civil que corresponden a la Generalidad, con abstracción de la reserva de competencia exclusiva del Estado en cuanto a las formas del matrimonio, porque la regulación de las parejas de hecho heterosexuales o de las homosexuales implica el reconocimiento de unas situaciones no necesariamente equiparables al matrimonio, según lo que ha reconocido expresamente la jurisprudencia constitucional, como se ha asegurado. La Ley contiene también preceptos que se dictan como desarrollo de las competencias relativas a la función pública de la Administración de la Generalidad».

Por lo que se refiere a los efectos administrativos, la regla general es que tales legislaciones limitan sus efectos a las Administraciones de las propias Comunidades Autónomas y en su ámbito propio de competencias, sin que en ningún caso los extiendan a la Administración estatal[37]. Por ello mismo, las parejas de hecho constituidas al amparo de una legislación autonómica limitan sus efectos a esa Comunidad Autónoma, sin que se extiendan a otras Comunidades Autónomas.

Con carácter general, los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges *en la normativa autonómica de Derecho Público* será de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada[38].

En *materia fiscal* se equipara la pareja estable al matrimonio a los efectos previstos en la legislación autonómica[39].

En materia de *función pública*, la equiparación opera con respecto a las Administraciones de la Comunidad Autónoma[40]. Y lo mismo ocurre en materia de *prestaciones y servicios*[41].

5. Los efectos de los registros de parejas de hecho

Según el Tribunal Constitucional (STC 71/83), los registros a los que se refiere el art. 149.1.8.ª CE son los referentes fundamentalmente a materias de Derecho privado, como se infiere de su contexto, pero no a otros registros que como el catálogo de montes (al que se refería el asunto en cuestión), aunque tengan repercusiones en ese campo del Derecho, tiene por objeto materias ajenas a él. Por tanto, en principio las Comunidades Autónomas solo pueden crear registros administrativos de los que únicamente se deriven efectos de

(37) Arts. 6.2 y 22 Ley andaluza y DA 2.ª Ley vasca.

(38) Art. 18 Ley aragonesa de 1999, con la salvedad de la tributaria, 315 Decreto Legislativo aragonés de 2011, 9 Ley valenciana, 9 Ley madrileña, DA 2.ª Ley balear (que alude al marco competencial normativo de las Illes Balears), 14 Ley andaluza, art. 14 y DA 1.ª Ley cántabra, DA 1.ª Ley vasca, 12 Ley canaria.

(39) Art. 12 Ley navarra, DF 2.ª Ley balear (que alude al «marco de sus competencias normativas», añadiendo que la equiparación se hará «en la medida que sea posible»), 18 Ley canaria, 10 Ley vasca, 12 Ley extremeña.

(40) Art. 13 Ley navarra, 8 Ley valenciana, 8 Ley madrileña, DA 1.ª Ley balear, 7 Ley asturiana, 17 Ley cántabra, 11 Ley vasca, 11 Ley canaria, 10 Ley extremeña, 9 y 27 Ley catalana de 1998. Por ejemplo, la DA 2.ª Ley catalana de 2011 limita los efectos, para los convivientes de parejas estables, a las medidas de conciliación del trabajo con la vida familiar aplicables a las *Administraciones públicas catalanas*.

(41) Arts. 9 y 10 Ley asturiana, 15, 19, 20 Ley cántabra, 11 Ley extremeña.

naturaleza administrativa. Y de hecho las normas autonómicas que regulan los registros de parejas de hecho los configuran como registros administrativos, por lo que no parece que puedan entrar en cuestiones jurídico-civiles, sin perjuicio de que sus inscripciones puedan constituir un medio más de prueba.

De ahí las salvedades que contienen estas leyes con respecto a la posibilidad de la inscripción de los hechos en cuestión en el Registro Civil. Así, la DF 2.ª Ley catalana de 1998 dice que si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por esta Ley, los efectos que ésta les otorga habrán de entenderse referidos a las parejas que en éste se inscriban[42]. Según el art. 2 Ley aragonesa de 1999 y 304 del Decreto Legislativo aragonés de 2011, toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas que le correspondan, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera. Según la DF 1.ª Ley cántabra, el régimen de Derecho Público y Administrativo de las parejas de hecho inscritas alcanzará igualmente a las parejas de hecho que pudieran inscribirse en el Registro Civil.

En este aspecto, puede observarse la radical diferencia entre la inscripción del matrimonio en el Registro Civil y las inscripciones en estos registros. Así, la inscripción en los registros de parejas de hecho como regla general es constitutiva. Por el contrario, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil carece de naturaleza constitutiva, siendo meramente declarativa del status de cónyuge. Según el art. 61 CC, el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, pero para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil. Para los cónyuges la inscripción es un medio privilegiado de prueba (art. 327 CC) y un título de legitimación de su estado matrimonial. La existencia o inexistencia de matrimonio puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, pero si el Registro Civil no coincide con la realidad se debe instar la inscripción en el primer caso, o la rectificación del asiento incompatible en el segundo.

Por otra parte, indudablemente el Registro Civil cuenta con unas mayores garantías que los registros autonómicos. Por de pronto, éstos son registros meramente administrativos[43], al contrario de lo que ocurre con el Registro Civil. La regulación de rango legal de tales registros autonómicos es sumamente escasa y no baja a muchos detalles, por lo que son normas meramente reglamentarias las que regulan los aspectos esenciales de su funcionamiento. Incluso hay Comunidades Autónomas, como Castilla-La Mancha y Castilla y León, que se han limitado a regular tales registros con normas de rango meramente reglamentario, prescindiendo de normas de rango legal.

Por otra parte, según algunas legislaciones, sólo los propios interesados tienen acceso a esos registros administrativos[44]. La publicidad respecto a terceros está limitada, para proteger el derecho a la intimidad. Sólo alguna legislación contempla la expedición de certificaciones a instancia de órganos judiciales, pero ninguna a instancia de las Administra-

(42) En igual sentido, DA Ley navarra, DF 1.ª Ley valenciana, DT 3.ª Ley extremeña, DF 1.ª Ley canaria.

(43) Art. 2 y DA 2.ª Ley aragonesa de 1999, 304 Decreto Legislativo aragonés de 2011, 3 Ley valenciana, art. 6.6 Ley andaluza, 3 Ley cántabra, 4 Ley vasca, 3 Ley canaria.

(44) Art. 6.5 Ley andaluza, 7.2 Ley cántabra, 5.2 Ley canaria. En cambio, el art. 4.4 Ley vasca contempla la expedición de certificaciones a instancia de quienes acrediten un interés legítimo.

ciones públicas. Sólo la propia Administración titular del registro o los propios interesados pueden proceder a la anulación de la inscripción, excluyendo implícitamente al Ministerio Fiscal[45]. De hecho, el art. 3.6 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal solo contempla la intervención de éste «en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley».

Por otra parte, ciertas legislaciones autorizan la inscripción mediante la simple manifestación de voluntad de los interesados, sin otros requisitos adicionales como la convivencia previa o la descendencia común[46]. Además, no se prevén consecuencias en caso de que no se inscriba el cese de la situación de hecho.

A todo ello hay que añadir que determinadas legislaciones contemplan la cancelación —incluso de oficio— de la inscripción cuando los miembros de la pareja dejan de residir en la Comunidad en cuestión y pasen a estar empadronados en otra Comunidad[47]. Lo cual contrasta con la eficacia general de las inscripciones en el Registro Civil, con independencia de la residencia o empadronamiento de las personas a las que se refieren.

Recientemente se ha dictado la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que, si bien contempla un extenso periodo de tiempo para su entrada en vigor, realmente no ha introducido ninguna modificación esencial en esta materia. En concreto, el art. 4 dice que tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Pues bien, en lo que nos afecta únicamente contempla (punto 7) el matrimonio, la separación, nulidad y divorcio. Es evidente que ello supone una exclusión clara de las parejas registradas, pues indudablemente si el legislador estatal hubiera tenido la intención de incluir esta relación, lo habría hecho. Ello además significa que la situación de pareja de hecho no es, para el legislador estatal, un estado civil.

V. LAS PAREJAS REGISTRADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS NO CUMPLEN EL REQUISITO DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA

1. La remisión de la Directiva a la legislación estatal

Una vez examinado el régimen jurídico autonómico de las parejas registradas, cabe deducir que éstas no cumplen los requisitos contemplados por la Directiva 2004/38/CE. O dicho con otras palabras, la remisión que la Directiva hace a las uniones registradas de ninguna manera abarca a las que lo han sido en virtud de las diversas leyes autonómicas o de meras ordenanzas municipales.

Por de pronto, la Directiva, al aludir a una unión registrada, se está refiriendo a la unión homosexual, es decir, a aquellas personas que, queriendo contraer matrimonio, no lo pue-

(45) Art. 6.4 Ley andaluza, art. 5.4 Ley cántabra.

(46) Como ocurre con la Ley andaluza (art. 5). La inscripción en el registro andaluz produce ante las Administraciones públicas de Andalucía la presunción de convivencia de los miembros de la pareja de hecho, salvo prueba en contrario (art. 6.2 de la Ley).

(47) Así, art. 8.3 y 26 del Decreto valenciano 61/2002; art. 7.1.2 del Decreto 134/2002 de la Comunidad de Madrid; art. 5.3.f) del Decreto 35/2005 de la Comunidad andaluza; arts. 12 y 22.1.b) del Decreto 55/2006 de la Comunidad de Cantabria. Sobre ello, *vid.* BERCOVITZ, R., «El ámbito de aplicación», *cit.,* p. 598.

den hacer porque la legislación de sus países lo impide, aunque tal legislación sí contempla la existencia de una institución paralela, la unión registrada. Así se deduce del propio proceso de elaboración de la Directiva, de la legislación existente en los Estados miembros en ese periodo, y de la propia interpretación sistemática de la norma, que distingue entre las uniones registradas y las parejas estables. Sobre ello ya nos hemos extendido más arriba.

Pero éste no es el caso de España, en el que no existe inconveniente a la existencia de un matrimonio homosexual a partir del año 2005. Ello, por otra parte, hace difícil pensar que los Estados miembros que otorgan a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios acepten la eficacia de las uniones registradas en España.

Por otro lado, hay un dato fundamental: La pertenencia de España a la Unión Europea y la transposición de las normas comunitarias al Derecho interno no altera las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias, correspondiendo el desarrollo y la ejecución del Derecho comunitario a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así lo sostiene reiterada jurisprudencia constitucional (STC 252/1988, 153/1989, 115/1991, 236/1991, 79/1992, 117/1992, 80/1993, 13/1998, 33/2005[48]).

En igual sentido, la jurisprudencia comunitaria ha consagrado el principio de autonomía institucional y procedimental, en virtud del cual, cuando las disposiciones de los Tratados o demás normas comunitarias reconocen poderes a los Estados miembros o les imponen obligaciones en orden a la aplicación del Derecho Comunitario, la cuestión de saber de qué forma el ejercicio de esos poderes y la ejecución de las obligaciones pueden ser confiadas por los Estados miembros a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado miembro[49].

Por tanto, la mención comunitaria a las uniones registradas sólo resulta aplicable si se respeta el orden de competencias estatales y autonómicas.

La Directiva se remite a la legislación del Estado miembro, por lo que se plantea la cuestión de si esa legislación debe ser la estatal o también puede serlo la autonómica (tanto de rango legal como reglamentario), e incluso la local (ordenanzas y reglamentos municipales)[50]. Pues bien, cabe adelantar que la remisión sólo puede entenderse hecha a una Ley estatal.

---

(48) Según esta última sentencia, en el ámbito de la resolución de disputas competenciales, el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo, bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas.

(49) Vid, por ejemplo, sentencias del Tribunal comunitario de Justicia de 11-2-1971 (asunto 39/70), 15-12-1971 (asuntos 51 a 54/71), 11-12-1973 (asunto 122/73), 6-5-1982 (asuntos 146, 192 y 193/81) y 25-5-1982 (asunto 97/1981).

(50) Cabe citar, por ejemplo, el caso de la Ciudad Autónoma de Melilla, que ha dictado sobre la materia el Reglamento de 28 de enero de 2008. Piénsese también en Comunidades Autónomas que no han regulado la materia y en las que determinados Ayuntamientos han dictado normas sobre el asunto (es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Murcia, que ha dictado un Reglamento del registro municipal de uniones de hecho de 25 de octubre de 2010). En Navarra se contempla que los ayuntamientos puedan crear registros de parejas estables (DA Ley navarra). La legis-

Por de pronto, es muy significativo que todas las normas de los demás países europeos emanen de sus instituciones centrales, incluso en Alemania, que tiene un sistema descentralizado análogo al nuestro. Y ello tiene un evidente fundamento: se trata de una materia en la que debe exigirse una legislación uniforme dentro de cada país.

Por otra parte, el examen de los diversos títulos competenciales del art. 149 CE confirma esta opinión.

2. La previsión del art. 149.1.8.ª CE

Así resulta en primer lugar de lo dispuesto en el art. 149.1.8.ª CE, que, como hemos dicho, reserva al Estado la legislación en lo referente a las formas de matrimonio y ordenación de los registros.

La Directiva, como hemos razonado con anterioridad, habla de una unión registrada a la que la legislación de un Estado otorgue un trato equivalente al matrimonio.

Por tanto, no basta cualquier tipo de unión registrada: puede ocurrir que las legislaciones contemplen unos efectos que sean máximos (por ejemplo, la plena igualdad entre el matrimonio y la pareja registrada) o mínimos (por ejemplo, un registro con efectos meramente probatorios de la existencia de una relación fáctica, que admita prueba en contrario, como ocurrió en un primer momento con los registros municipales de parejas de hecho).

Así planteada la cuestión, la Directiva comunitaria exige que la pareja registrada sea equivalente al matrimonio, es decir, hasta cierto punto una clase de matrimonio. Pero si esto es así, no tendría aquí encaje la legislación de las Comunidades Autónomas, pues de lo contrario habría de considerarse inconstitucional[51]. En cualquier caso, una institución con efectos análogos al matrimonio solo puede ser establecida y regulada por el Estado.

Las Comunidades Autónomas —y obviamente los entes locales— carecen de competencia para regular la existencia de una institución que produzca los mismos efectos que el matrimonio, porque ello corresponde al Estado según la Constitución. Ni siquiera las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio pueden hacerlo, pues las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio son materia de la competencia del Estado[52].

Asimismo, la competencia en materia de registros públicos con incidencia en las relaciones jurídico-civiles corresponde exclusivamente al Estado (art. 149.1.8.ª de la Constitu-

---

lación catalana, por su parte, no contempla ningún registro de parejas de hecho, lo que no ha sido obstáculo para que numerosos ayuntamientos catalanes hayan creado registros municipales de parejas de hecho.

(51) Hemos visto la opinión de BERCOVITZ, para el cual el reconocimiento por las leyes autonómicas de las parejas de hecho supone en realidad el reconocimiento por aquellas de nuevas clases de matrimonio, distintas del matrimonio regulado por el Código civil y los Derechos civiles, forales y especiales, tanto en la forma de celebración como en los requisitos para su celebración, como en su contenido personal y patrimonial, como en sus formas de extinción («La competencia, *cit*., p. 128).

(52) Cabe citar la STC 31/2010, de 28 de junio, que por lo demás reitera la doctrina jurisprudencial mantenida hasta entonces: la competencia en materia de Derecho Civil que puede asumir una Comunidad Autónoma no puede extenderse a toda la legislación civil, con excepción de las materias expresamente citadas en el art. 149.1.8.ª CE, sino que se contrae a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio de esa Comunidad Autónoma.

ción), no a las Comunidades Autónomas. Si la Directiva habla de un trato equivalente, está considerando a la unión registrada como un estado civil, al igual que lo es el matrimonio. Ahora bien, los registros autonómicos de parejas de hecho son meros registros administrativos que no incluyen hechos concernientes al estado civil de las personas, pues tales hechos solo son inscribibles en el Registro Civil.

De hecho, la propia actuación de las Comunidades Autónomas muestra su voluntad de no invadir ámbitos competenciales propios del Estado. Aquéllas han regulado la materia basándose en la idea de la protección de la familia (art. 39 CE) y, en su caso, en las competencias en materia jurídico-civil, que de ninguna manera abarcan toda la materia matrimonial. Y así, las legislaciones autonómicas de parejas de hecho continuamente se marcan autolimitaciones, ciñéndose, en los aspectos administrativos, a producir efectos ante las propias Administraciones autonómicas, por lo que la Administración del Estado en su ámbito de competencias no queda vinculada por la citada legislación.

Y siendo esto así, las parejas de hecho registradas de las Comunidades Autónomas no encajan en la previsión del art. 2.2 de la Directiva, pues no se contempla un trato plenamente equivalente al matrimonio.

3. La previsión del art. 149.1.2.ª CE

Conforme al art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro», siendo la nacionalidad y la extranjería materias reservadas al Estado (art. 149.1.2.ª CE).

Sobre esta base, no tiene sentido que la obtención del estatuto de ciudadano de la Unión o familiar suyo pueda depender de una opción legislativa o de la actuación independiente de una Comunidad Autónoma o de un ente local, pues entonces se estarían invadiendo las competencias del Estado en esta materia.

Y si además el matrimonio y las parejas de hecho reguladas por las Comunidades Autónomas no son realidades equivalentes a todos los efectos, se confirma que la mención del art. 2.2 de la Directiva a las uniones registradas no puede extenderse a tales parejas de hecho.

4. La previsión del art. 149.1.1.ª CE

Asimismo, la existencia de diversas y variadas legislaciones autonómicas afecta al diferente trato de los ciudadanos según el lugar de España en que residan o la legislación autonómica que les sea aplicable. En efecto, hay Comunidades Autónomas que han prescindido del dato del registro a efectos de la constitución de una pareja de hecho. Otras que no han regulado la institución. Y entre las Comunidades que la han regulado, los efectos del reconocimiento varían de unos casos a otros. Por otra parte, ello plantea graves problemas de conflictos de leyes autonómicas, dado que las Comunidades Autónomas no atienden a un solo criterio para determinar su ámbito de aplicación. Asimismo, las Comunidades Autónomas exigen distintos requisitos, y también son distintos los efectos de la inscripción en los registros de parejas de hecho.

Todo ello impide entender que la remisión de la Directiva comunitaria pueda entenderse hecha a las legislaciones autonómicas y a las parejas inscritas en un registro autonómico, ya que sólo al Estado compete la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.ª CE). Y no se puede reprochar al Estado que no haya dictado una legislación sobre parejas de hecho, máxime si se entiende que la regulación actual del matrimonio —que es aplicable en todo el territorio nacional— es lo suficientemente amplia como para considerar innecesaria tal legislación.

Estos mismos argumentos son aplicables, y con mayor fundamento aún, a los registros municipales allí donde se hayan creado.

5. El análisis del Real Decreto 240/2007

A la vista de todo lo anterior, no cabe entender tampoco que el Real Decreto 240/2007, que transpone la Directiva al Derecho interno español, contenga una remisión a los registros autonómicos.

Por de pronto, todos los argumentos que se han expuesto en relación con la Directiva son plenamente aplicables al Real Decreto que la transpone. Las competencias estatales son indisponibles, y menos aún por una norma de rango reglamentario[53].

Por otro lado, cabe observar que el art. 2.b) del Real Decreto de transposición se limita a aludir a una pareja «con la que mantenga una relación análoga a la conyugal», es decir, hace referencia a una situación fáctica. Sin embargo, nada dice acerca de los efectos de esa situación fáctica, por lo que en este punto hay una diferencia con respecto al art. 2.2.b) de la Directiva, que se refiere también a los efectos (el que la legislación del Estado de acogida otorgue «un trato equivalente a los matrimonios»). Es evidente, como ya se dijo en su momento, que el Real Decreto no puede entenderse de una manera distinta a la Directiva.

Además, el art. 2.b) del Real Decreto niega la compatibilidad entre las situaciones de matrimonio y pareja registrada, lo que significa que todas las leyes autonómicas que permiten la compatibilidad (autorizando la inscripción de las personas casadas pero judicialmente separadas, e incluso de las separadas de hecho) no cumplen las pautas de dicho Real Decreto.

6. El análisis de la jurisprudencia

Tras todo lo expuesto hasta ahora, la mención que la STS de 1-6-2010 hace a la existencia de «diversos sistemas internos europeos de multiplicidad registral —como acontece en España—» (Fundamento Jurídico 4.º) resulta fuera de lugar. El hecho de que en España existan varios registros autonómicos y municipales y que no se asegure que se pueda realizar más de una inscripción es irrelevante en nuestro caso, por la sencilla razón de que la

(53) Lo mismo, pero con mayor razón, cabe decir con respecto a las Instrucciones internas dictadas o que puedan dictarse por la Administración, ya que ni siquiera cabe calificarlas como normas reglamentarias. En cualquier caso, tales Instrucciones han de respetar el ordenamiento jurídico, y por supuesto la distribución de competencias entre los poderes públicos.

remisión de la Directiva a los registros de parejas no incluye a los registros autonómicos o locales españoles.

Por lo demás, la doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo no se ajusta a la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[54]. En efecto, la reciente sentencia de 5-5-2011 (asunto McCarthy, C 434/09), aplicando la jurisprudencia comunitaria a la interpretación de la Directiva 2004/38/CE, afirma que ésta no es aplicable a un ciudadano que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, por haber residido siempre en el Estado miembro cuya nacionalidad posee. Y en consecuencia, tampoco lo es a los demás miembros de su familia que no sean ciudadanos comunitarios, puesto que los derechos conferidos a éstos por la Directiva no son derechos propios de esos miembros, sino derechos derivados, adquiridos en su condición de miembros de la familia del beneficiario.

La sentencia del Tribunal de Justicia añade que, según jurisprudencia reiterada que cita, las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas no pueden aplicarse a situaciones que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro. La sentencia del Tribunal Supremo, contradiciendo esa jurisprudencia, entiende que el art. 2 del Real Decreto 240/2007 no sólo es aplicable a un ciudadano español que vuelve a España desde otro Estado de la Unión con su familia (Fundamento Jurídico 2.º), sino que también lo es a todos los ciudadanos españoles y sus familias, aunque no hayan salido de España (Fundamento Jurídico 11.º).

En cualquier caso, y a efectos del tema que tratamos, lo relevante es que los registros autonómicos y municipales de parejas de hecho no pueden ser incluidos entre los previstos en el art. 2.2.b) de la Directiva, con independencia de que el ciudadano de la Unión que forma parte de la pareja sea español o no español.

Similares críticas cabe hacer a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que han entendido que puede otorgarse una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión tras la inscripción de una pareja de hecho en un registro autonómico. La STSJ de Galicia de 1-6-2011 afirma que «la interconexión y la adecuada coordinación entre registros debió ser garantizada por la Administración previamente a la transposición de la Directiva». Pero este reproche no es correcto a la vista de todo lo que hasta ahora se ha razonado, pues es el Estado el que tiene la plena competencia para determinar qué registros son los aludidos por la Directiva. Y si esto es así, el Estado no tiene por qué aceptar las inscripciones en los registros autonómicos, y mucho menos garantizar su coordinación, pues ello sería tanto como aceptar que competencias que son del Estado puedan ser ejercidas por las Comunidades Autónomas o que éstas pueden imponer al Estado obligaciones en el ámbito de competencias de éste.

(54) En este sentido se pronuncia el Voto Particular de la magistrada Teso Gamella.

ANEXO

Cataluña	Ley 10/1998, de 15 de julio*
Aragón	Ley 6/1999, de 26 de marzo** Decreto 203/1999, de 2 de noviembre
Navarra	Ley foral 6/2000, de 3 de julio
Castilla-La Mancha	Decreto 124/2000, de 11 de julio
Madrid	Ley 11/2001, de 13 de diciembre Decreto 134/2002, de 18 de julio
Comunidad Valenciana	Ley 1/2001, de 6 de abril Decreto 61/2002, de 23 de abril
Baleares	Ley 18/2001, de 19 de diciembre Decreto 112/2002, de 30 de agosto
Castilla y León	Decreto 117/2002, de 24 de octubre
Andalucía	Ley 5/2002, de 16 de diciembre Decreto 35/2005, de 15 de febrero
Asturias	Ley 4/2002, de 23 de mayo Decreto 71/1994, de 29 de septiembre
País Vasco	Ley 2/2003, de 7 de mayo Decreto 124/2004, de 22 de junio
Extremadura	Ley 5/2003, de 20 de marzo Decreto 35/1997, de 18 de marzo
Canarias	Ley 5/2003, de 6 de marzo Decreto 60/2004, de 19 de mayo
Cantabria	Ley 1/2005, de 16 de mayo Decreto 55/2006, de 18 de mayo
Galicia	Ley 2/2006, de 14 de junio (Derecho Civil de Galicia)*** Decreto 248/2007, de 20 de diciembre
Melilla	Reglamento 28-1-2008
Cataluña	Ley 25/2010, de 29 de julio (Libro II del Código Civil de Cataluña)
Aragón	Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (Código del Derecho Foral de Aragón)
Ceuta	No hay
Murcia	No hay
La Rioja	No hay

* Sustituida por la Ley 25/10 de 29 de julio, del libro II CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

** Esta Ley ha sido sustituida por el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón.

*** DA 3.ª de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, modificada por Ley 10/2007, de 28 de junio, que añade una DF.

III. EL ARRAIGO COMO CIRCUNSTANCIA EXCEPCIONAL PARA PODER RESIDIR Y TRABAJAR LEGALMENTE EN ESPAÑA

PEDRO CARBAJAL GARCÍA
Subinspector de Empleo y Seguridad Social

RESUMEN

El arraigo como circunstancia excepcional para poder residir y trabajar legalmente en España

El arraigo, en sus distintas variantes, aunque está considerado en la ley como una circunstancia excepcional, se ha convertido en la principal vía de regularización para los inmigrantes que residen ilegalmente en suelo español. El estudio se pregunta, en primer lugar, por la noción de arraigo desde el punto de vista etimológico y semántico. En segundo lugar, hemos querido subrayar la importancia del arraigo, como valor que acompaña al ser humano a lo largo de su vida, ofreciendo algunas opiniones del pensamiento filosófico. En tercer lugar, se aborda la evolución normativa del arraigo, y en particular la doctrina judicial sobre el mismo. En cuarto lugar, se estudia la función de la Inspección de Trabajo y Seguridad en la prevención y/o sanción de las conductas fraudulentas que se producen en este ámbito. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones que se infieren del trabajo realizado.

Palabras clave: Raíces, valor humano, excepcional, privilegiada, fraude, inspección.

ABSTRACT

Community tie as an exceptional circumstance to live and to work legally in Spain

Community tie, in its different versions, although it is considered by law as an exceptional circumstance, it has become the main road of regularization for foreigners that live illegally in Spain. The study analyzes, in the first place, the notion of Community tie from both etymological and semantic point of views. Second, our intent has been to underline the importance of community tie, as a value that joins the human being throughout their entire life, giving some opinions of the philosophical thought. In third place, we deal with the evolution of the regulation of community tie, and in particular, its legal doctrine. Fourthly, we study the role of the Industrial and Safety Relations Commission in the field of prevention and/or the punishment for any fraudulent behaviour occurred in this sphere. Finally, the study gives some conclusions that are inferred from the previous work.

Key words: Roots, human value, exceptional, privileged, fraud, inspection.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA CUESTIÓN GRAMATICAL.

III. BREVE REFERENCIA FILOSÓFICA.

IV. EL CONCEPTO DE ARRAIGO EN NUESTRA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN.

V. EL ARRAIGO EN EL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA DE 2011.

1. El arraigo laboral.

2. El arraigo social.

3. El arraigo familiar.

VI. EL CONCEPTO JURÍDICO DE ARRAIGO EN LA DOCTRINA JUDICIAL.

1. Lo que no es arraigo para la doctrina judicial.

2. Lo que es arraigo para la doctrina judicial.

VII. EL CONTROL DEL FRAUDE DOCUMENTAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: LA INTERVENCIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

1. Actuación previa a la concesión de la autorización temporal por residencia y trabajo: el informe preventivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

A) Justificación y naturaleza del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

B) Contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con posterioridad a la concesión de la autorización temporal de residencia y trabajo.

A) Los ilícitos de naturaleza preferentemente penal.

B) La extinción del contrato que motivó la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena antes de finalizar la vigencia de la autorización.

C) La no tramitación del alta en la Seguridad Social del trabajador extranjero una vez concedida la autorización para residir y trabajar.

VIII. CONCLUSIONES.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El arraigo se ha convertido en los últimos tiempos en una de las principales vías que utilizan los inmigrantes indocumentados que viven en nuestro país para acceder a la residencia legal. El examen de las últimas estadísticas disponibles corrobora esta afirmación. En el año 2009 se concedieron en España 366. 856 autorizaciones de residencia. Pues bien, 77. 866 pertenecen al grupo arraigo o protección internacional[(1)]. Es decir, en torno a un 21% del total de las concedidas, lo que revela la importancia que el arraigo ha cobrado en los últimos años como circunstancia extraordinaria para obtener la autorización de residencia legal.

¿A qué se debe este fenómeno?

Para intentar contestar a esta pregunta conviene que nos fijemos en la situación jurídica que viven los inmigrantes que residen ilegalmente en suelo español.

(1) *Cfr.* <www. mtin. es/estadísticas>.

En este sentido, dentro del colectivo de inmigrantes ilegales se pueden distinguir dos grupos perfectamente diferenciados. Uno, que está representado por inmigrantes ilegales que, por distintos motivos, no pudieron acogerse a la regularización prevista en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Otro, que está formado por inmigrantes ilegales que ya fueron titulares de la correspondiente autorización para residir y trabajar pero que, debido a la crisis económica, perdieron sus empleos o no encontraron un empresario que asumiera el compromiso de contratación para renovar su autorización.

La consecuencia de todo ello es que, dadas las circunstancias, la forma más sencilla y, en ocasiones, quizás la única, que tienen los inmigrantes indocumentados para poder salir del limbo jurídico[2] en el que se encuentran es la vía excepcional del arraigo.

Ello ha supuesto, en la práctica, una alteración del esquema normativo que, sobre autorizaciones, había diseñado el legislador. Por eso, se está produciendo un desplazamiento de las solicitudes de residencia que, naturalmente, deberían haberse canalizado siguiendo el régimen general (motivos laborales), hacia esta forma extraordinaria de obtener la regularización que supone el arraigo.

El legislador ha contemplado el arraigo como una circunstancia excepcional que debe ser tutelada jurídicamente. Es excepcional, por varios motivos. En primer término, por la relevancia que, *per se*, tiene el arraigo como factor humano, como veremos más adelante. En segundo término, porque, como su nombre indica, se aparta de algunas reglas que el Ordenamiento de extranjería impone con carácter general. Esto se manifiesta doblemente. Por una parte, el factor trabajo [requisito exigido con carácter general] puede no ser necesario, en algunos casos, para obtener la residencia legal por arraigo. Por otra parte, se pueden sortear algunas condiciones no menores que exige el procedimiento común [exención de visado y situación nacional de empleo][3].

Si a estos privilegios legales sumamos la situación de necesidad en la que viven los inmigrantes ilegales, el resultado final puede ser el germen de numerosos supuestos de fraude; en particular, en relación con el arraigo social. Con cierta frecuencia, vemos en los periódicos noticias en las que se puede leer que han sido detenidas determinadas personas por falsificar contratos de trabajo, a través de una empresa fantasma, con el fin de regularizar a extranjeros en España.

Las cantidades que los inmigrantes pagan por contrato falso oscilan considerablemente. Pueden ir desde los 600 hasta los 1.500 euros. Pero, en algunos casos, se han llegado a pagar 6.000 euros por contrato fingido.

En ocasiones, la ilegalidad del acto es perfectamente conocida y buscada por los extranjeros ilegales. Se trata, por tanto, de un acto concertado con empresarios reales o ficticios con el único fin de fingir un contrato. Ambas partes persiguen obtener un beneficio.

---

(2) *Vid.* TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita, «Los derechos de los Trabajadores extranjeros: Puntos críticos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 63, 2006, p. 200.

(3) *Cfr.* art. 64.4 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009. [BOE núm. 103, de 30-4-2011].

Los inmigrantes pretenden alcanzar la residencia legal. Los «supuestos empresarios» tratan de obtener un provecho económico.

En cambio, en otros casos, los extranjeros indocumentados son víctimas de redes o de personas sin escrúpulos, que se aprovechan de su situación de ilegalidad y desconocimiento del Derecho.

Esto hace que deban extremarse las medidas de control y coordinación con otras Administraciones con el fin de dar una respuesta adecuada por parte del Ordenamiento jurídico.

Pues bien, en las páginas que siguen trataremos de contestar algunas cuestiones que suscita el arraigo como factor humano para obtener la residencia legal.

El esquema del trabajo es el que sigue. En primer lugar, se indaga sobre la noción de arraigo desde el punto de vista etimológico y semántico. En segundo lugar, nos asomamos al mundo de la Filosofía trazando unas pinceladas acerca del arraigo como valor del ser humano. En tercer lugar, se aborda la evolución legislativa en esta materia y se hace especial mención a la construcción jurisprudencial de la noción de arraigo. En cuarto lugar, se analiza el control del fraude documental, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Finalmente, cierra este trabajo el epígrafe dedicado a conclusiones.

II. LA CUESTIÓN GRAMATICAL

La palabra arraigo procede del término latino *radicari*. Como tantas otras palabras de nuestro idioma, el vocablo arraigo ha tenido una evolución lingüística notable hasta llegar a nuestros días. Históricamente, el antecedente del término arraigo [raigar] se sitúa en 1240. El Fuero Viejo ya utilizaba esta expresión. Más tarde, en 1399, aparece la palabra arraigado como «fijado». En todo caso, la palabra raigar se seguirá utilizando hasta el siglo XV[4] y, será, finalmente, en 1737, cuando se recoja por primera vez la palabra arraigo, tal como la conocemos en la actualidad[5].

Ahora bien, ¿qué significa arraigo? Para contestar a esta pregunta, deberemos consultar algunas de las obras de carácter lexicográfico más significativas de nuestro país. En este sentido, María MOLINER propone un concepto cuya idea matriz es la necesidad de un vínculo entre la persona y un territorio, o un grupo social. Y así, el arraigo es «la circunstancia de tener una persona propiedad o intereses que la unen al lugar donde reside. Y por extensión, circunstancia de ser una persona respetada y estimada en el lugar o círculo en que vive»[6].

La Real Academia Española ofrece varias acepciones, si bien, deliberadamente, sólo nos fijaremos en dos. Una que atiende al origen de la palabra: «echar o criar raíces». Y otra, que es: «establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y

(4) *Cfr.* COROMINES, Joan: *Diccionario Crítico Etimológico,* vol. III. Ed. Gredos, Madrid, 1954, *sub voce.*

(5) *Cfr*. SEGURA MUNGUÍA, Santiago: *Diccionario por raíces del Latín y de las voces derivadas.* Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, *sub voce.*

(6) *Cfr*. MOLINER, María: *Diccionario de uso del español*, edición abreviada, segunda edición. Ed. Gredos, Madrid, 2008, *sub voce.*

cosas»[7]. En este caso, la utilización del adjetivo permanente convierte el factor tiempo en requisito configurador de la acción de arraigar. Y no es una cuestión baladí. Difícilmente se podrán construir lazos de unión entre las personas y los territorios sin la labor de sedimentación que sólo el tiempo es capar de producir. De los criterios expuestos cabe concluir como idea principal que el arraigo implica necesariamente la concurrencia de dos elementos esenciales. De una parte, el establecimiento de un vínculo con un territorio o, en sentido más amplio, con un grupo social. De otra, que ese vínculo que se ha creado permanezca en el tiempo de forma duradera. Y este último requisito parece importante porque una persona ha podido estar arraigada durante un tiempo a un determinado lugar y, después, haber perdido ese vínculo o afecto territorial. De manera que, a nuestro entender, el factor tiempo se erige en requisito fundamental en la definición de arraigo.

III. BREVE REFERENCIA FILOSÓFICA

La definición de arraigo no se agota con la mera explicación etimológica y semántica ofrecida en el epígrafe anterior. El arraigo es algo más. Es o puede ser un valor que acompaña al ser humano durante su caminar por este mundo. Forma parte de su ser, de su individualidad, y, acaso, de su personalidad. Y es, justamente, en este ámbito de los valores, donde creemos que la Filosofía nos puede ser de gran utilidad para intentar dibujar, aunque con trazos gruesos, lo que queremos decir sobre esta cuestión. Por dos razones. Primero, porque conviene recordar que la Filosofía ha sido el ensayo teórico más serio que ha hecho el hombre por entender este inextricable mundo. Segundo, porque el Derecho, la Política, la Ética y otras disciplinas tienen su fundamento más o menos remoto en una determinada filosofía.

Consiguientemente, trataremos de ilustrar este epígrafe con las aportaciones que sobre el arraigo han hecho Simone WEIL y Martín HEIDEGGER. Se preguntará el lector: ¿por qué estos dos filósofos y no otros? Respuesta: estos dos autores representan, nítidamente, una línea filosófica que ha defendido con fuerza y entusiasmo el arraigo como valor esencial de la persona. Algunos de sus presupuestos y desarrollos se mantienen vigentes hoy, o se transforman, por ejemplo, en aquellos pensadores denominados comunitaristas. Cierto es que, en otras filosofías, lo que se intenta es una especie de «apología del desarraigo», o mejor, «una deconstrucción del arraigo», y de todo el campo semántico asociado a la raíz; por ejemplo en el pensamiento de J. DERRIDA[8]. Pero vayamos al arraigo.

Simone WEIL defiende, por una parte, un concepto amplio de arraigo. Esto es, no es sólo el terruño entendido éste como el lugar donde se ha nacido. «El arraigo a diferencia del terruño que es el trozo de tierra natal, abarca la totalidad de las referencias de la vida que nos son familiares y habituales»[9].

Por otra parte, sólo se puede entender el arraigo como una necesidad del ser humano. Ahora bien, no es un valor más que viene a unirse al resto de las referencias vivenciales del hombre como ser social. Se trata de un valor de gran importancia para las personas. Hasta

(7) *Cfr*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española,* tomo 1, vigésima primera edición. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992, *sub voce.*

(8) Agradezco al Dr. Patxi LANCEROS la información que me ha facilitado sobre este punto.

(9) *Vid.* WEIL, Simone: *Echar raíces.* Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 123.

tal punto que «el arraigo» recibe la calificación de necesidad. Sostiene, en este sentido, WEIL que: «Echar raíces quizá sea la necesidad más importante e ignorada del alma humana. Es una de las más difíciles de definir. Un ser humano tiene una raíz en virtud de su participación real, activa y natural en la existencia de una colectividad que conserva vivos ciertos tesoros del pasado y ciertos presentimientos de futuro»(10).

En el polo opuesto está el desarraigo, uno de los mayores males de su tiempo. Dos son las causas que originan el desarraigo. Por un lado, el dinero, que destruye las raíces por doquier, reemplazando los demás móviles por el deseo de ganancia(11).

Por otro, la instrucción o el sistema educativo.

Escribe WEIL:

> «(…) El Renacimiento provocó en todas partes una escisión entre las gentes cultivadas y la masa (…). De ello resultó una cultura desarrollada en un ámbito restringido, separado del mundo, en una atmósfera cerrada; una cultura considerablemente orientada a la técnica e influida por ella, muy teñida de pragmatismo, extremadamente fragmentada por la especialización y del todo privada de contacto con este universo de aquí abajo y de apertura al otro mundo.
>
> En nuestros días un hombre puede pertenecer a los medios llamados cultivados sin tener, por un lado, idea alguna relativa al destino humano, y sin saber, por otro, por ejemplo, que no todas las constelaciones pueden verse en cualquier estación. Se suele creer que un pequeño campesino de hoy, alumno de escuela primaria, sabe más que Pitágoras porque recita dócilmente que la tierra gira alrededor del sol. Pero, de hecho, ya no contempla las estrellas. El sol del que se le habla en clase no tiene para él ninguna relación con el que ve. Se le arranca del universo que le circunda…»(12).

Al final el desarraigo será doble: por una parte, las personas instruidas sufrirán una situación de desarraigo en relación con el mundo de las masas. Por otra, la mayoría de las personas, sin instrucción, estarán sumergidas en un mundo despersonalizante, desarraigado(13).

En suma, en esta obra de Simone Weil late una doble preocupación. A) La desigualdad existente, en la época, entre trabajadores manuales e intelectuales. Ella defenderá el trabajo manual como elemento central de la vida; de tal suerte que la civilización más plenamente humana será aquella en la que el trabajo manual constituya el valor supremo. B) La cuestión del arraigo como necesidad esencial que forma parte del alma de cada persona.

Martin HEIDEGGER, teniendo como punto de partida la obra poética de HÖLDERLIN y HEBEL, concibe el arraigo a partir de la experiencia de lo extraño y, en este sentido, del desarraigo y del distanciamiento del propio lugar del origen(14).

---

(10) *Vid.* WEIL, Simone: *op. cit.,* p. 51.

(11) *Vid.* WEIL, Simone: *op. cit.,* p. 52.

(12) *Vid.* WEIL, Simone: *op. cit.,* p. 53.

(13) Simone WEIL tuvo ambas experiencias como docente y como obrera.

(14) *Vid.* ROCHA DE LA TORRE, Alfredo: «Retorno al hogar y reconocimiento del otro en la filosofía de Martin Heidegger», *Acta fenomenológica latinoamericana.* Vol. III (Actas del IV Coloquio Latinoamericano de Fenome-

La experiencia del arraigo se expresa esencialmente en la nostalgia por la tierra natal y en el retorno a casa, que en el fondo no es más que el regreso a lo hogareño en la cercanía al ser y al lugar de su habitar[15].

El arraigo no tiene que ser identificado con el apego a un lugar determinado. Tiene que ver fundamentalmente con el enraizamiento en lo propio y hogareño, que no necesariamente obedece a coordenadas geográficas ni a parámetros espaciales.

Nada como una cita del poeta Johann Peter HEBEL para proyectar una imagen fiel de lo que HEIDEGGER quiere decir: «Somos plantas —nos guste o no admitirlo— que deben salir con las raíces de la tierra para poder florecer en el éter y dar fruto»[16].

¿Qué ha querido decir el poeta en este texto?

Para Heidegger significa que la obra humana debe crecer desde la profundidad de la tierra y elevarse hasta el cielo. Éter significa aquí: el aire libre del cielo alto, la abierta región del espíritu.

Afirma Adolfo VÁSQUEZ ROCCA que, en las obras de Heidegger vemos las cosas dotadas de vida, las cosas vividas, el trato con las cosas cotidianas, con las cosas admitidas en nuestra confianza. Esto es lo que Heidegger entenderá como el ser de lo útil[17]. Y es, justamente, la casa, el espacio donde se produce la unidad espiritual de los seres humanos con las cosas.

De esta forma tan descriptiva nos ilustra HEIDEGGER[18] lo que sería para él un hogar ideal. Una granja en la Selva Negra:

> «Lo que ordena aquí la casa es la autosuficiencia que permite al cielo y la tierra, a los dioses y a los mortales formar una única unidad con las cosas. Es eso lo que sitúa la granja mirando al sur, en la ladera de la montaña protegida por los vientos, entre los prados cercanos al manantial, y la dota de un tejado con ancho voladizo de guijarros, cuya característica pendiente no sólo aguanta el peso de la nieve, sino que desciende hasta abajo para resguardar las habitaciones de las tormentas durante las largas noches invernales. No olvida el altar en un rincón, detrás de la mesa comunitaria, y halla sitio en la habitación para el sagrado lugar del parto y para el "árbol de los muertos" —pues así llaman aquí al ataúd—, y de ese modo determina, para las distintas generaciones que conviven bajo el mismo techo, el carácter de su viaje a través del tiempo. La habilidad artesana, surgida ella misma de la morada, que aún emplea sus herramientas y sus estructuras como si fueran cosas, edifica la casa de labor».

---

nología). Lima, Universidad Católica del Perú; Morelia (México), Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2009, p. 663.

(15) *Vid.* ROCHA DE LA TORRE, Alfredo, *op. cit.*, p. 663.

(16) HEBEL, Johann Peter, citado por HEIDEGGER, Martin: *Serenidad (Dejidad),* Gelassenheit, 1995, versión castellana de Ives Zimmermann, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1994.

(17) *Vid.* Vásquez Rocca, Adolfo: «Heidegger, Hölderlin y Trakl. El habitar poético del hombre en el mundo». En <www.filosofia.tk/articulo_habitarpoetico.htm>.

(18) HEIDEGGER, Martin: citado por L. McDOWELL en *Género, Identidad y Lugar*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, pp. 111-112.

Lo que nos propone Heidegger es un ámbito de autenticidad donde la felicidad es posible. Ese sueño del poeta latino Virgilio que implica vivir con sencillez y en armonía con la naturaleza. Esa suerte de satisfacción que proporciona al ser humano lo cercano, lo hogareño, lo familiar. En suma, ese espacio donde el hombre se siente ser y no sufre desarraigo.

La experiencia contraria a la del arraigo en la lejanía es la del desarraigo en la propia casa. La técnica es la culpable del desarraigo del hombre a la tierra. Para Alfredo ROCHA DE LA TORRE, este desarraigo tiene diversas manifestaciones. Se expresa en el olvido y en la pérdida de la historia y las costumbres propias de un pueblo. En el abandono de la lengua materna por la subordinación a la lengua universal del poder. En el ocaso del espíritu de una lengua. En suma, la causa de todo es el olvido de la apertura del ser y del lenguaje[19].

IV. EL CONCEPTO DE ARRAIGO EN NUESTRA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

Examinadas en los epígrafes anteriores las cuestiones de carácter introductorio corresponde, ahora, centrar nuestra atención en la dimensión jurídica del arraigo en materia de extranjería. Y para ello habremos de contestar a la siguiente pregunta: ¿qué importancia ha tenido, y tiene, el arraigo, en nuestra legislación, como factor para obtener la autorización de residencia temporal y trabajo?

Pues bien, el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, dictado en ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio de 1985, ya contemplaba el término arraigo[20]. En particular, su artículo 21.1.c) decía:

> «Permisos de residencia especiales, cuya duración máxima será de diez años. Se podrá conceder a los extranjeros que se encuentren legalmente y tengan arraigo en España, acrediten su permanencia, legal y de forma continuada, durante más de dos años y reúnan alguna de las siguientes condiciones (…)».

Como fácilmente se advierte, la norma, en ningún momento, ofrece una definición de arraigo. Desconocemos, en consecuencia, qué elementos integran este concepto desde el punto de vista jurídico. Más adelante, el artículo el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000 recogió la posibilidad de acceder a la situación de residencia legal por parte del extranjero que acreditara una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español y figurara empadronado en un municipio en el momento en que formulara la solicitud y contara con los medios económicos para atender a su subsistencia. Ahora bien, nada se dice sobre arraigo. Será preciso esperar a la promulgación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, para que el término arraigo sea regulado de forma expresa y pase a formar parte del derecho de extranjería con rango legal[21].

---

(19) *Vid.* DE LA TORRE, Alfredo Rocha: *op. cit.*, pp. 666-667.

(20) BOE de 12-6-1986 (núm. 140).

(21) BOE de 23-12-2000 (núm. 307).

En efecto, conforme a su artículo 31.3:

> «La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado».

Se remite la Ley al desarrollo reglamentario para determinar qué debe entenderse por situación de arraigo.

En este sentido el artículo 41.2.d) del RD 864/2001 [22], vigente hasta la modificación llevada a cabo por el RD 2393/2002, establecía que

> «… el permiso de residencia temporal podrá concederse a los extranjeros que se encuentren en España y se hallen en los siguientes supuestos: (…) Aquellos que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años y en los que concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles».

Más tarde, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre [23], que reforma nuevamente la normativa vigente en materia de extranjería, estableció la regulación del arraigo en los siguientes términos:

> «La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado» [artículo 31.3].

El desarrollo reglamentario de este precepto se produjo mediante Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre [24]. A tenor de lo dispuesto en su artículo 45 se podrá conceder una autorización de residencia temporal por razones de arraigo en los siguientes supuestos:

A) Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

El interesado podrá probar la existencia de relación laboral de dos maneras. Una, mediante la presentación de la correspondiente resolución judicial que acredite la existen-

---

(22) BOE de 21-7-2001 (núm. 174).

(23) Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE de 21-11-2003 (núm. 279).

(24) BOE de 7-1-2005 (núm. 6).

cia de relación laboral. Dos, mediante resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

B) A los extranjeros que acrediten permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.

Este apartado b) del artículo 45 del Real Decreto 2393/2004, como sostiene la doctrina, contempla tres supuestos de arraigo social: a) el arraigo por inserción social, b) el arraigo por motivos familiares y c) el arraigo privilegiado[25].

Tanto para el arraigo por inserción social como para el arraigo por motivos familiares la norma exige tres requisitos ineludibles para conceder la residencia: a) la permanencia continuada en España durante tres años; b) carecer de antecedentes penales en España y el país de origen de inmigrante; c) contar con un contrato de trabajo en el momento de formular la solicitud, de duración mínima de un año y de eficacia vinculada a la entrada en vigor de la autorización solicitada.

En el caso del arraigo por inserción social, el ciudadano extranjero deberá aportar un informe de inserción social emitido por el ayuntamiento del municipio donde tiene fijado su domicilio.

En el caso del arraigo por motivos familiares deberán acreditarse tales vínculos familiares con otros extranjeros residentes.

En cuanto a la tercera modalidad de arraigo social: el denominado arraigo privilegiado se encuentra regulado en la letra c) del apartado 2 del artículo 45 del reglamento. Y dice así: «Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles».

V. EL ARRAIGO EN EL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA DE 2011

Nuestra legislación sobre extranjería utiliza dos criterios para referirse a las distintas situaciones administrativas en que pueden encontrarse los extranjeros en nuestro país.

De una parte, el criterio temporal, distinguiendo tres situaciones: a) la estancia, que con carácter general, es la permanencia en España por tiempo no superior a noventa días; b) la residencia temporal, que es la situación que autoriza a permanecer en nuestro país por un período superior a noventa días e inferior a cinco años; c) la residencia de larga duración, que es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

(25) TRINIDAD GARCÍA, M.ª Luisa y MARTÍN MARTÍN, J.: *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España.* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 128-130.

De otra parte, el criterio causal, haciendo referencia a varios motivos que justifican la residencia temporal. Pues bien, dice la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que: «La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente»[(26)].

Esta previsión legal en materia de arraigo fue desarrollada, finalmente, de forma específica, en el artículo 124 del nuevo Reglamento de extranjería, aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril[(27)]. [En adelante REX].

En este precepto se abordan tres tipos de arraigo: laboral, social y familiar.

1. El arraigo laboral

En relación con el arraigo laboral, se exigen los siguientes requisitos:

1. Permanencia continuada en España durante un período de mínimo de dos años.
2. Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que hayan residido durante los últimos cinco años.
3. Que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses.

En este último punto el nuevo reglamento ha introducido una nota de flexibilidad en relación con el anterior texto (RD 2393/2004). Antes se exigía haber tenido una relación laboral de, al menos, un año de duración. Ahora, el nuevo reglamento reduce, tan solo, a seis meses el período de relación laboral que debe acreditar el extranjero. El fin parece claro, permitir regularizar al mayor número posible de extranjeros ilegales que han estado en contacto con el mundo laboral.

Ahora bien, ¿cómo se prueba la prestación de servicios y su duración? En esta materia, no existe ninguna novedad en relación con la norma anterior. En este sentido, el interesado deberá probar la existencia de relación laboral de dos maneras. Una, mediante la presentación de la correspondiente resolución judicial que acredite la existencia de relación laboral. Dos, mediante resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En ambos casos, la norma no dice nada sobre la exigencia de firmeza de ambos documentos. La cuestión no es baladí. Si exigimos la firmeza, obviamente, podría verse limitada la posibilidad legal de regularización para este grupo de solicitantes. En caso contrario, sus expectativas jurídicas se verán ampliadas. Entendemos que la norma no exige la firmeza en estos casos. Por varias razones. Primero, porque de la lectura del texto reglamentario se desprende que en supuestos similares en los que se hace referencia al término «sentencia» nunca se exige la firmeza. En segundo término, porque si la ley no distingue nosotros tam-

(26) Artículo 31.3.

(27) BOE núm. 103, de 30-4-2011.

poco debemos distinguir[28]. Tercero, porque lo que demanda la *ratio legis* es que se pruebe, documentalmente, que existe una factor constitutivo de arraigo. En este sentido resultaría ilógico e incoherente que, para probar el arraigo social, pueda bastar con un informe de la correspondiente Administración que acredite la suficiencia económica del extranjero para vivir en España. Y, en cambio, en el caso del arraigo laboral se exija, además, de la prueba probatoria [sentencia o resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo], la firmeza de ambos documentos. Consiguientemente, se produciría un trato desigual a los solicitantes de arraigo social (más favorable), en perjuicio de los extranjeros que pretenden optar por el arraigo laboral. Y ello no parece que sea la voluntad del legislador.

En cuanto a los medios de prueba para demostrar fehacientemente la existencia de relación laboral, coincidimos con GONZÁLEZ CALVET en que el legislador ha querido contar, en esta cuestión del arraigo laboral, con la implicación tanto de la Jurisdicción Social como de la Inspección de Trabajo, como instrumentos probatorios rígidos, seguramente, con el fin de prevenir el posible fraude en materia de extranjería. De una parte, un porcentaje de inmigrantes ilegales, dada su desesperada situación, tendrán la tentación de engañar a las Oficinas de Extranjería con el fin de alcanzar la soñada autorización para residir y trabajar legalmente en nuestro país. De otra parte, determinados individuos desprovistos de toda ética intentarán —y en ocasiones lo conseguirán— aprovecharse de la situación de ilegalidad en la que viven estas personas, mediante la estafa. Justamente, con el fin de evitar o reducir, al máximo, el nivel de fraude en este punto se sitúa esta previsión legal[29].

2. El arraigo social

En relación con el arraigo social, esta modalidad de arraigo se regula en el apartado 2 del artículo 124 del REX. El primer requisito, de orden temporal, que se exige es la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. Además, se deberán cumplir acumulativamente 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 período que no sea inferior a un año;

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. Son vínculos familiares los referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

Aunque la nueva regulación del arraigo social apenas introduce novedades de relieve conviene destacar tres cuestiones de interés. La primera, en relación con los contratos de

(28) *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

(29) GONZÁLEZ CALVET, Jaume, «El arraigo como instrumento de regularización individual y permanente del trabajador inmigrante indocumentado en el Reglamento de Extranjería aprobado por RD2393/2004, de 30 de diciembre», en *Revista de Derecho Social,* núm. 37. Ed. Bomarzo, enero-marzo de 2007, p. 120.

trabajo a presentar por el solicitante. En este punto, el nuevo reglamento introduce una nota de flexibilidad incorporando algunas excepciones a la exigencia de presentar un único contrato para poder obtener el arraigo social.

Por ejemplo, en el sector agrario, admite la validez de dos contratos concatenados y con distintos empleadores siempre que tengan una duración mínima de, al menos, seis meses.

Asimismo, cuando se trate de actividades en una misma ocupación, trabajando a tiempo parcial y de manera simultánea para más de un empleador, se dará validez a la presentación de varios contratos. No obstante deberán cumplirse dos requisitos: a) los contratos deberán tener una duración mínima de un año; b) la suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

La segunda, de orden competencial. Ahora, debe ser la Comunidad Autónoma de residencia habitual del inmigrante quien emita el informe de inserción social (antes era el Ayuntamiento).

No obstante lo anterior, la Corporación local podrá emitir el informe de inserción social cuando: a) la Comunidad Autónoma competente así lo haya establecido, y b) cuando ello se haya comunicado, previamente, a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

El informe deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de su solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

La tercera novedad es en relación con los vínculos familiares y su grado de parentesco. Recordemos lo que decía el reglamento del año 2004:

> «A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa».

El nuevo reglamento dice:

> «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».

La nueva redacción dada a este párrafo da la impresión de ser un precepto fruto de la transacción porque, por una parte, supone una ampliación del ámbito subjetivo al incorporar a las parejas de hecho, antes preteridas. Y por otra, y en sentido opuesto, restringe su campo de aplicación limitando el parentesco al primer grado y en línea directa.

3. El arraigo familiar

Finalmente, el nuevo Reglamento regula el arraigo familiar contemplando dos supuestos de hecho. En primer término, cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paterno-filiales respecto al mismo. En segundo

lugar, cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. Como fácilmente se advierte, se trata de un supuesto especial y privilegiado de alcanzar la residencia temporal por arraigo, dado que la norma no exige más requisitos. Debería añadirse uno más y que resulta aplicable a todos los extranjeros que pretenden obtener la residencia conforme a lo dispuesto en el artículo 31.5 de la LOEX. A saber: carecer de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido[30].

VI. EL CONCEPTO JURÍDICO DE ARRAIGO EN LA DOCTRINA JUDICIAL

La figura del arraigo ha sido objeto de consideración en numerosas ocasiones por parte de nuestros tribunales. Y no solamente en relación con el derecho de extranjería. También, en materia de nacionalidad se acude a este concepto para conceder o denegar, en su caso, este derecho. Por ejemplo, en la STS de 14 de enero de 2011 se declara que, para denegar la nacionalidad, la Administración deberá demostrar que no existe arraigo[31].

En el ámbito de la extranjería, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el arraigo en diferentes contextos. Así, se ha aplicado la figura del arraigo con ocasión de las resoluciones de expulsión del territorio español decretadas respecto de ciudadanos extranjeros. También, en relación con los expedientes de exención de visado. Finalmente, y de forma específica, en relación con los expedientes que tienen su origen en solicitudes de autorización de residencia y trabajo por arraigo. Consiguientemente, nos encontramos ante una institución jurídica esencial, a la hora de resolver las numerosas controversias que se suscitan en el quehacer jurídico desplegado en este ámbito.

Dicho esto, procede que indaguemos sobre el tema central que transita este trabajo (la cuestión conceptual). ¿Qué entiende la jurisprudencia por arraigo?

La respuesta se obtiene de numerosas sentencias en las que se repite incansablemente lo mismo: «el arraigo es un concepto jurídico indeterminado que ha sido perfilado jurisprudencialmente en interpretación de lo establecido en normas de rango legal».

En consecuencia, el arraigo se incorpora, como uno más, a la interminable lista de conceptos jurídicos indeterminados de nuestro ordenamiento. Tales como: abuso de derecho, fraude de ley, equidad, buenas costumbres, negligencia, etcétera. Como todo concepto jurídico indeterminado presenta contornos vagos e imprecisos que exigen la participación del aplicador del Derecho para describir qué elementos o factores integran la noción de arraigo.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) y la labor hermenéutica de los Tribunales Superiores de Justicia han venido a conformar una doctrina judicial en materia de arraigo cuyas notas más relevantes son las que siguen:

(30) GONZÁLEZ CALVET, *op. cit.*, p. 121.

(31) STS 9/2011, núm. recurso 5873/2007, <www.cendoj>.

1. El arraigo se define como el vínculo que une al ciudadano extranjero con el lugar en que reside.
2. El vínculo puede ser de distinta naturaleza: de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo.
3. El vínculo ha de ser relevante para apreciar el interés del solicitante en residir en el país, de tal forma que resulte prevalente para la concesión del permiso de residencia solicitado.
4. Se puede demostrar el interés por residir en el país de diversas maneras: seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación e integridad familiar, el disfrute de permiso de trabajo, o el haber sido previamente titular de permiso de residencia(32).
5. No se exige cumulativamente la vinculación laboral y familiar. Sostener lo contrario nos llevaría a la paradójica situación de reconocer el arraigo solamente a aquellos extranjeros que tuviesen vínculos laborales y familiares (maternidad o paternidad como supuestos más habituales) en detrimento de aquellas personas que viven solas (solteros o sin familia en España) y que no tuvieran vínculos familiares en nuestro país o incluso carecieran de vínculos familiares en cualquier parte del mundo, pero que, en cambio, estuviesen incorporados al mercado laboral. Sería, por tanto, una discriminación injustificada(33).
6. Se opta por una interpretación extensiva del término arraigo. En este sentido, el concepto de arraigo que recoge el artículo 41.2.d) del RD 864/2001 no es exhaustivo sino meramente explicativo y/o ejemplificativo(34).

1. Lo que no es arraigo para la doctrina judicial

1. El mero noviazgo, aun con el propósito de contraer matrimonio, no constituye por sí solo un elemento demostrativo del arraigo en España a no ser que se pruebe la adición de cualquier otra circunstancia, como especiales lazos o relaciones estables y consolidadas derivadas de la convivencia, de la dependencia económica, u otra, de la que inferir la necesidad de que esos vínculos se mantengan o desarrollen en territorio nacional(35).
2. Estar en posesión del NIE (número de identificación de extranjero) no permite concluir que exista arraigo. Éste exige la efectiva integración en la sociedad española(36).

---

(32) SSTS de 8 de abril y 19 de diciembre de 1995, de 15 de enero de 1997, de 30 de marzo de 1998, 4 y 9 de febrero, 9 y 23 de marzo, 28 de septiembre, 11 de octubre, 15 de noviembre y 4 de diciembre de 1999, 18 de julio de 2000, 16 y 20 de enero de 2001, entre otras.

(33) Téngase presente que esta línea interpretativa del TS lo ha sido en aplicación del derogado RD 864/2001.

(34) STS de 13 de mayo de 2008 (núm. de recurso: 7341/2004), <www.cendoj>.

(35) STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2008. Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 9.ª, rec. 1265/2008, <www.leydigital.es>.

(36) STSJ de Valencia de 5 de enero de 2009. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, rec. 2185/2007, <www. leydigital. es>.

3. El arraigo no puede derivarse de la mera entrada en España en una determinada fecha[37].
4. No prueba el arraigo la oferta de trabajo que se aporta una vez iniciado el recurso contencioso-administrativo, por ser notoriamente posterior a la fecha de presentación de la solicitud y también por tratarse de un documento carente de cualquier diligencia o sello que acredite su efectiva formalización ante la propia Administración[38].
5. No puede darse arraigo social cuando el solicitante del permiso de residencia y trabajo intenta fundamentar su pretensión en una oferta de trabajo que se ha probado que no era real[39].
6. No puede haber arraigo social cuando el apelante ha cometido un delito grave como por el que fue sancionado que atenta a la salud pública y que lesiona el orden y paz pública. Revela que el actor no respeta las normas de convivencia que nos hemos dado. Y si no respeta tales normas resulta evidente que no se encuentra arraigado en territorio español[40].

2. Lo que es arraigo para la doctrina judicial

1. Conforme al artículo 31.5 de la LEX, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, «Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido». Pues bien, tener un procedimiento penal en curso no implica, por sí solo, la denegación de la autorización de residencia temporal por arraigo. Sostener lo contrario —vía Instrucciones internas— implica restringir un derecho que viene contemplado por la Ley, vulnerándose el principio de legalidad (artículo 25 CE). Consiguientemente, podría darse arraigo social, aunque el extranjero estuviese incurso en un procedimiento penal siempre que concurran otros elementos configuradores de esta institución[41].
2. Constituye arraigo seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento.
3. Constituye arraigo la reagrupación familiar y la integridad familiar.
4. Constituye arraigo el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido titular de permisos de residencia[42].

---

(37) STS de 19 de julio de 2007 (Sala de lo Contencioso, ROJ: STS 5207/2007, <www.cendoj>).

(38) STS de 19 de julio de 2007, citada en nota anterior.

(39) STS de 24 de mayo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ROJ: STS 3518/2007, <www.cendoj>).

(40) STS de 28 de abril de 2011 (Sala de lo Contenciso-Administrativo, ROJ: STS 2765/2011, <www.cendoj>).

(41) *Cfr.* STS de 21 de junio de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ROJ: STS 4363/2007, <www.cendoj>).

(42) SSTS de 13 de mayo, 10 de junio, 8 de noviembre de 1993; SSTS de 7 de marzo, 21 de mayo de 1994, entre otras.

5. Desde el momento en que se ha probado la permanencia continuada en España y se ha tenido por acreditada la incorporación real al mercado de trabajo con la oferta firme para trabajar se integra el concepto de arraigo[43].

VII. EL CONTROL DEL FRAUDE DOCUMENTAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: LA INTERVENCIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1. Actuación previa a la concesión de la autorización temporal por residencia y trabajo: el informe preventivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Forma parte del cometido de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [en adelante la ITSS] colaborar con otras Administraciones dentro, naturalmente, del ámbito competencial que le es propio[44]. En este sentido, las Oficinas de Extranjería pueden solicitar informe previo, en relación con aquellos expedientes que se están tramitando. En particular, detrás de un expediente de solicitud de residencia por arraigo, las Oficinas de Extranjería se enfrentan, en numerosas ocasiones, a documentos que aportan los solicitantes sin poder comprobar, realmente, la veracidad de los mismos.

Por tanto, la labor de investigación y comprobación llevada a cabo por la ITSS puede ser de gran alcance, en esta fase previa, a la concesión de la residencia legal.

Por una razón de peso: es el momento preciso [por ser anterior a la resolución] para poder combatir el fraude en su fase embrionaria; antes de que cause mayor daño al Ordenamiento jurídico.

A tal efecto, se solicita informe a la Inspección de Trabajo para que se turne la correspondiente orden de servicio al funcionario actuante. Ahora bien, ¿cómo se ejerce ese control por parte de la ITSS? Lo veremos a continuación.

A) Justificación y naturaleza del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

El informe es el resultado del trabajo de investigación llevado a cabo por los funcionarios legalmente competentes [Inspectores, Subinspectores]. Encuentra su justificación legal, según se vio en el epígrafe anterior, como manifestación específica de la labor de colaboración y apoyo de la ITSS con otras Administraciones. En este caso, con las Oficinas de Extranjería, dependientes de las Delegaciones/Subdelegaciones del Gobierno.

En cuanto a su naturaleza, debemos plantearnos las siguientes preguntas: ¿Son facultativos o preceptivos? ¿Son vinculantes?

---

(43) STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2004 (rec. 269/2004), <laleydigital.es>.

(44) *Cfr.* artículo 10 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [BOE de 15-11-1997].

Como se sabe, salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes[45]. En el presente caso, no encontramos ningún precepto que abone la tesis contraria, por lo que el informe evacuado por la ITSS tendrá el carácter de facultativo.

En cuanto al carácter vinculante o no de los informes, por la misma razón que en el caso anterior, habrá que convenir que no son vinculantes.

Estos informes no se benefician de la presunción de certeza establecida, de forma taxativa, en la Disposición Adicional Cuarta, número 2, párrafo segundo, de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ello no obsta para que, en numerosas ocasiones, como consecuencia de la investigación llevada a cabo por la ITSS, se haya podido probar la ausencia de alguno, o varios, requisitos legales para obtener la autorización de residencia por arraigo. En estos casos, el informe de la ITSS puede servir de instrumento probatorio determinante para el órgano encargado de resolver la autorización de residencia y trabajo por arraigo.

La norma no dice nada a propósito del plazo para evacuar el informe. No obstante, conforme a una buena práctica administrativa, debería emitirse en el menor tiempo posible, con el fin de no demorar en exceso la resolución del expediente de residencia temporal solicitada[46].

B) Contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

No existe ninguna previsión legal en este punto. No obstante, la praxis administrativa nos permite ofrecer una aproximación a lo que, con carácter general, suele contener un informe de esta naturaleza.

Las Oficinas de Extranjería recaban información a la ITSS, en la mayoría de los casos, sobre las siguientes cuestiones: a) existencia del centro de trabajo que se hace constar en el expediente de solicitud por arraigo y, en suma, de la empresa contratante; b) medios económicos de los que dispone la empresa para hacer frente a las contrataciones; c) justificación en relación con el número de contrataciones propuestas.

a) Existencia del centro de trabajo

Como se sabe, forma parte de la actividad cotidiana de la ITSS la realización de visitas a los centros de trabajo. Veamos algunos supuestos.

— Que exista un centro de trabajo como tal, en cuyo caso, mediante la visita de inspección, se podrá comprobar la ubicación, dimensiones y condiciones del mismo. En suma, se informará sobre todo aquello que pueda ser útil a la autoridad competente, en materia de extranjería, para resolver motivadamente sobre la autorización solicitada.

---

(45) *Cfr.* artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [BOE de 27-11-1992].

(46) Los informes solicitados por las Oficinas de Extranjería a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil y al Registro Central de Penados deberán ser emitidos en el plazo máximo de diez días [artículo 67.5 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril].

— Que el centro de trabajo que se hace constar en el expediente sea el domicilio particular del empresario. Como se sabe, ninguna entrada podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito (artículo 18 CE). En este caso, se cursará requerimiento de comparecencia al empresario solicitante para que se persone en las dependencias de la ITSS. Aquí, se pueden dar dos situaciones: una, que se presente el empresario o su representación legal con la documentación requerida por la ITSS; dos, que no comparezca el empresario ni se justifique la incomparecencia. En ocasiones, después de haber practicado diligencias complementarias de comprobación, se concluye que el empresario se halla en paradero desconocido, siendo imposible obtener información alguna al respecto. En estos casos, como es obvio, el informe deberá tener contenido negativo. Primero, porque no se ha podido determinar la existencia real de una empresa que desarrolle una actividad mercantil lícita; segundo, porque el contrato que se firmó en su día por el empresario investigado carece, ahora, de valor jurídico porque no existe ninguna posibilidad de ser cumplido. Consiguientemente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 69.1.a) del nuevo reglamento, dará lugar a que se deniegue la autorización inicial de residencia temporal y trabajo solicitada.

— En otros casos, y después de varias pesquisas, sólo es posible mantener conversación telefónica con el empresario [por ejemplo, vive en país extranjero]. Preguntado sobre su compromiso de contratación, éste manifiesta que ya no está interesado en el contrato porque su situación económica no se lo permite. En otros casos, se comprueba que se ha firmado la citación de la ITSS, pero no se ha comparecido ante el funcionario actuante. Este hecho, al margen de las responsabilidades de orden administrativo a que hubiera lugar, revela que los sujetos que han intervenido en la solicitud de residencia han pretendido, sin éxito, regularizar la situación del inmigrante o inmigrantes, tratando de sortear o eludir los mecanismos que impone el control de legalidad. Conviene recordar que, tras la reforma operada en diciembre de 2009 en la LOEX, el empleador está obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud. No obstante, esta conducta empresarial no ha sido tipificada como infracción administrativa[47]. *De lege ferenda*, al tratarse de un incumplimiento de tipo formal (no comunicación de un hecho a la Administración), quizá debería haberse regulado como infracción leve en materia de extranjería[48].

— Finalmente, se ha podido comprobar por parte de la ITSS que el domicilio del centro de trabajo que se hace constar en el contrato es falso. Dada su conexión con los supuestos de empresas ficticias lo desarrollaremos en el apartado correspondiente.

---

(47) Artículo 38.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante LOEX).

(48) Por su naturaleza, se trata de la típica conducta omisiva del empresario que, careciendo de entidad suficiente para ser calificada como infracción grave, sin embargo entorpece el normal discurrir del procedimiento administrativo.

b) Los medios económicos

Decía el reglamento, ya derogado: «Cuando la autoridad competente lo considere necesario para asegurar que el empresario podrá hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, éste deberá acreditar, con los documentos que expresa y motivadamente se le requieran, los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones»[(49)].

Como fácilmente se advierte, este precepto otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a la Administración a la hora de motivar fundadamente su resolución.

Ahora esta cuestión se regula en el artículo 66 REX, en los siguientes términos:

> «1. El empleador deberá acreditar que cuenta con medios en cuantía suficiente para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones derivadas del contrato firmado con el trabajador extranjero. Dicha cuantía deberá incluir el pago del salario reflejado en el contrato que obra en el procedimiento.
>
> Cuando el empleador requerido sea una persona física, deberá además acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para atender sus necesidades y las de su familia. La cuantía mínima exigible se basará en porcentajes del IPREM según el número de personas a su cargo, descontando el pago del salario reflejado en el contrato de trabajo que obre en el procedimiento».

Con la nueva regulación se intenta precisar con más detalle la capacidad económica del empleador, aunque, en realidad, sólo se consigue en el caso de que los empresarios sean personas físicas.

Entendemos que el primer supuesto, aunque no lo diga expresamente, se refiere a las empresas que adoptan la forma de persona jurídica. Sólo así se puede entender lo que dice el número dos del artículo 66 REX: «cuando el empleador requerido sea una persona física (…)».

La regla general en cuanto a la capacidad económica del empleador [persona jurídica] es la siguiente: disponer de medios en cuantía suficiente para hacer frente al proyecto empresarial y a las obligaciones dimanantes del contrato firmado con el trabajador extranjero. Pero el nuevo reglamento añade: «Dicha cuantía deberá incluir el pago del salario reflejado en el contrato que obre en el procedimiento».

Esta referencia al salario es acreedora de alguna crítica. En primer término, porque, como es bien sabido, muchos contratos no reflejan en el apartado correspondiente a salario cantidad alguna, haciendo constar la cláusula genérica «según convenio». Por tanto, las Oficinas de Extranjería, seguramente, tendrán que requerir a los solicitantes para que se haga constar, tal extremo, en los contratos aportados al expediente.

En segundo lugar, porque nada se dice respecto a las obligaciones que, en materia de Seguridad Social, contrae el empresario que contrata a un trabajador extranjero (cotizaciones sociales). Téngase presente que la aportación empresarial a la Seguridad Social viene

(49) Artículo 51.2.c) del RD 2393/2004.

a representar [más/menos] en torno a un 38 por 100 de la base de cotización asignada al trabajador. Por tanto, aunque se trata de una partida económica inferior a la que representa el salario, también debe ser tenida en cuenta, en el momento de valorar la capacidad económica del empresario para hacer frente a los contratos suscritos con extranjeros.

¿Qué sucede cuando el empleador es una persona física?

En este caso se deberá, además, acreditar que tiene medios económicos suficientes para atender sus necesidades y las de su familia. Ahora bien, ¿cómo se determina la cuantía de renta mínima exigible?

El nuevo reglamento utiliza una fórmula que ofrece la máxima certeza y seguridad jurídica. Se trata del indicador público de renta de efectos múltiples [IPREM], utilizado, también, en otros ámbitos de nuestro Ordenamiento. En este sentido, se deberá verificar si, una vez realizadas las pertinentes operaciones aritméticas, se alcanzan los umbrales de renta fijados por la norma para asegurar la capacidad económica del empleador.

Debe recordarse que, a los efectos del cálculo del IPREM, se ha de descontar el importe del salario reflejado en el contrato de trabajo.

Ciñéndonos a lo que es la elaboración del informe por parte de la ITSS conviene, en primer término, que reparemos sobre lo que, realmente, exige la norma reglamentaria.

Entendemos que, en relación con la capacidad económica del empleador, tal como hemos sostenido anteriormente, la norma reglamentaria debe ser interpretada en los siguientes términos. Ha de existir una actividad empresarial (no simulada) que permita obtener un flujo de ingresos suficiente para atender los costes sociales (salarios y cotizaciones sociales) que conlleva la contratación de los trabajadores inmigrantes. El compromiso de contratación, al ser por un año, reduce la exigencia en cuanto al nivel de solvencia empresarial.

Por tanto, no se requiere un informe exhaustivo de las cuentas ni la probable evolución económica de la empresa, tarea propia de expertos contables.

Se trata de la típica «cláusula antifraude» que lo único que pretende es evitar que, mediante la presentación de una serie de documentos, en particular contratos de trabajo, ante las Oficinas de Extranjería se pueda obtener fraudulentamente la residencia temporal por arraigo y, en especial, por arraigo social.

En segundo lugar, a la hora de emitir el informe, hay que distinguir dos situaciones perfectamente diferenciadas: 1) empresa de nueva creación; 2) empresa en funcionamiento.

1) Empresa de nueva creación

Habrá que distinguir según el empleador sea persona física o jurídica.

En el primer caso, si el empleador alcanza el umbral de renta [IPREM] establecido en la norma, en principio, nada obsta para que se informe favorablemente sobre su capacidad económica.

En cambio, si se trata de empresa persona jurídica, las dificultades que entraña el informe son palmarias. ¿Cómo se puede emitir un informe sobre la solvencia económica de una empresa que acaba de iniciar su actividad mercantil? La tarea, en este caso, no resulta fácil. Debe tenerse en cuenta que en estos casos la nueva empresa sólo cuenta con algunas comunicaciones y/o autorizaciones de la Administración propias de la actividad que se inicia

(comunicación de apertura, alta en IAE, determinadas licencias de actividad). En algunos casos, y en atención a la naturaleza de la empresa, puede resultar de gran utilidad solicitar un proyecto de viabilidad económica. En este informe se tienen en cuenta distintos factores que nos pueden orientar sobre la idea que sustenta el proyecto empresarial. Se estudian y valoran, entre otras, las siguientes cuestiones: la idea del negocio; la capacidad de los promotores de la empresa; producto a vender; estudios de mercado; plan de comercialización; plan de inversiones, etcétera. Al final, el informe se pronuncia en sentido favorable o desfavorable a la viabilidad económica del proyecto empresarial.

Ahora bien, en otros casos, por las características de la empresa resultará imposible obtener esta información. Pensemos en una Sociedad Limitada que decide contratar a tres trabajadores extranjeros para dar clases como monitores en un gimnasio. Se comprueban por parte de la ITSS los siguientes extremos: a) un centro de trabajo totalmente nuevo con unas instalaciones nuevas y ubicado en una de las mejores zonas de la ciudad; b) un número elevado de matriculaciones, lo que genera un flujo de ingresos importante. Al ser de nueva creación, la empresa no ha presentado ninguna declaración de impuestos y, en el momento de emitir el informe, no consta ningún otro documento que acredite ingresos. En este caso sólo contamos con previsiones de ingresos que, naturalmente, pueden cambiar en el futuro. Sobre nada más podemos informar.

Otra documentación que puede resultar muy interesante son las cuentas bancarias de la empresa y los contratos firmados con futuros clientes. Las cuentas bancarias ponen de manifiesto el volumen de tesorería con el que cuenta la empresa para iniciar la actividad y constituyen un elemento más a valorar dentro del acervo documental comprobado. Especial importancia tienen los contratos firmados por la empresa con futuros clientes. Pensemos, por ejemplo, en una empresa cuya actividad consiste en: desbroces, limpieza de cunetas, silvicultura, etcétera. Se comprueba que la referida empresa tiene suscritos contratos de ejecución de obras con clientes en los que se establecen todas las condiciones: lugar de ejecución, precio a cobrar por unidad de obra, plazo de ejecución, garantías de cobro. Una vez realizadas las pertinentes operaciones aritméticas podremos obtener la cuantía de los ingresos con los que cuenta la empresa y comprobar si, efectivamente, puede hacer frente a las contrataciones. Estos documentos son de gran utilidad y pueden ayudar a despejar la incertidumbre propia de todo proceso de estimación.

2) Empresa en funcionamiento

En este caso, tanto si el empleador es persona física como jurídica, la emisión del informe por parte de la ITSS no entraña tanta dificultad porque contamos con datos reales que nos permiten evaluar, de forma más objetiva y segura, la situación económica de la empresa. Los empresarios tienen la obligación de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad mercantil. El artículo 25 del Código de comercio establece dos libros obligatorios para todos los empresarios. A saber: el libro diario y el de inventarios y balances. Este último, tras la reforma de 25 de julio de 1989, se denomina libro de inventarios y cuentas anuales. Pues bien, resulta de gran interés examinar el balance de situación porque nos facilita una información rápida sobre una cuenta (clientes) que tiene una gran importancia para valorar los flujos de ingresos de la empresa. En este punto, se pueden establecer relaciones lógicas entre los gastos de personal y las ventas, o entre el número de trabajadores y las ventas. En todo caso, será necesario valorar globalmente las distintas partidas que

integran el balance para dictaminar sobre la situación de equilibrio o desequilibrio financiero de la empresa. Se dice que aquellas empresas que tienen suficiente dinero para pagar sus deudas oportunamente son solventes. Al contrario, una empresa que no tiene capacidad de cumplir con sus obligaciones a medida que éstas venzan se dice que es insolvente. No olvidemos en este punto, que lo que nos exige la normativa de extranjería es que la empresa genere recursos suficientes para asumir las cargas sociales derivadas de las contrataciones (salarios y cotizaciones sociales).

En el orden fiscal, el examen documental de las declaraciones de impuestos (IVA, Renta, Sociedades) viene a completar la información contenida en los libros de contabilidad.

Ahora bien, ¿qué sucede si tras el examen de la contabilidad se descubre que la empresa no se encuentra al día en obligaciones tributarias y en cotizaciones sociales? En este caso, aunque la cuenta de pérdidas y ganancias refleje un saldo positivo, sería causa suficiente para denegar la autorización por residencia temporal y trabajo por cuenta ajena(50).

La práctica inspectora nos demuestra que, en ocasiones, empresas deudoras con la Tesorería General de la Seguridad Social, o con la Administración Tributaria, una vez reciben la visita de la ITSS se ponen al día en plazos no superiores a 48 horas con el fin de cumplir todos los requisitos legales para poder contratar a los trabajadores extranjeros. En este caso, la actuación inspectora habrá conseguido un doble efecto inducido. Por una parte, se han regularizado deudas tributarias. Por otra, la empresa se ha puesto al día con la Seguridad Social.

c) Justificación de las contrataciones propuestas

En ocasiones, el ánimo de defraudar se pone de manifiesto en relación con el número de contrataciones que se proponen. En este sentido, las Oficinas de Extranjería pueden pedir informe sobre este extremo cuando sospechen que, tanto por el tamaño de la empresa como por su volumen de negocios, el número de trabajadores extranjeros que se pretende contratar parece, a todas luces, desproporcionado. Veamos algunos ejemplos.

Por una parte, imaginemos a una empresa que tiene a toda su plantilla contratada a tiempo parcial y asume el compromiso de contratar a trabajadores extranjeros con el fin de ser regularizados. La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente:

¿Por qué no transforma los contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo, en vez de contratar a más trabajadores?

Es una pregunta cargada de toda lógica y por ello, en estos casos, se deberá comprobar si concurre causa legal y efectiva necesidad de contratar a más trabajadores o, en realidad, lo que se pretende es la regularización de inmigrantes de forma fraudulenta.

En segundo término, se comprueba que, en ocasiones, se solicita un número de contrataciones exagerado o desproporcionado en relación con la naturaleza, tamaño y volumen de negocios de la empresa. Pensemos, por ejemplo, en un pequeño negocio de hostelería de escasas dimensiones que pretende contratar a cuatro trabajadores extranjeros. Después de las oportunas comprobaciones (facturación, situación, superficie del local, etcétera) se

(50) *Cfr.* artículo 64.3.d) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

concluye que no está justificado el número de contrataciones propuesto. Pues bien, en todos estos casos de propuestas de contratación desproporcionadas se puede actuar de consuno con la futura empresa contratante, o, en su caso, su asesoría legal y la Oficina de Extranjería, para que se ajusten las contrataciones a las necesidades reales de la empresa evitando así la consumación de una conducta fraudulenta.

En otros supuestos, la tarea de dictaminar sobre las necesidades reales de contratación se complica, al tratarse de actividades que pueden ser muy intensivas en mano de obra y de difícil comprobación para la ITSS. En estos casos será muy útil comprobar contratos de ejecución de obras o determinados documentos que demuestren un incremento sustancial en la actividad ordinaria de la empresa que, a su vez, exija la contratación de un número elevado de trabajadores.

2. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con posterioridad a la concesión de la autorización temporal de residencia y trabajo

Las Oficinas de Extranjería, una vez examinadas las solicitudes presentadas, comunican a la ITSS aquellos hechos que revelan conductas que, pudieran constituir indicios relevantes de posibles irregularidades[51]. Dada la abundante casuística sobre la materia, solo abordaremos las cuestiones que nos parecen de mayor interés. A saber: 1) los ilícitos de naturaleza preferentemente penal; 2) extinción anticipada del contrato de trabajo que motivó la autorización de residencia temporal; 3) la no tramitación del alta en la Seguridad Social del trabajador extranjero, una vez concedida la residencia temporal.

A) Los ilícitos de naturaleza preferentemente penal

Nada más lejos de nuestra intención que tratar de ofrecer una clasificación exhaustiva y agotadora de todos los posibles ilícitos que en esta materia pueden acontecer. Sólo ofreceremos tres ejemplos que, en esencia, pueden sintetizar las distintas formas de defraudar la Ley de Extranjería, en relación con el arraigo y, en particular, con el arraigo social.

Ejemplo A. Falsificaciones urdidas por asesorías jurídicas sirviéndose de antiguos clientes. En este caso se suelen utilizar datos reales de antiguos clientes de la asesoría, tales como CIF, número de cuenta de cotización a la Seguridad Social, domicilios (social y de centro de trabajo), etcétera. De esta forma, se intenta dar «mayor seguridad a la maniobra fraudulenta», toda vez que, en principio, los datos que obran en los documentos que se han facilitado a la Oficina de Extranjería se corresponden con la identidad de las personas que han sido víctimas de la trama fraudulenta. Los autores del hecho artificioso cobran a los extranjeros ilegales determinadas cantidades por cada contrato formalizado. En este sentido, la visita al centro de trabajo por parte de la ITSS ha podido ser determinante para descubrir la trama ilegal.

(51) Se pueden mencionar algunas conductas que, indiciariamente, pueden ser fraudulentas. Por ejemplo: 1. Empresas que han intervenido más de una vez en corto espacio de tiempo en varios expedientes de arraigo. 2. Empresas con un desproporcionado número de solicitudes de autorización por arraigo social. 3. Dudas sobre las personas físicas que firman el contrato con el trabajador extranjero. 4. Trabajadores autónomos que siempre contratan a trabajadores extranjeros de su misma nacionalidad. 5. Empresas que, sistemáticamente, incumplen el compromiso de contratación.

Ejemplo B. Creación de empresa fantasma (sin actividad alguna) a través de la cual se instrumentan contratos de trabajo falsos por los que se cobran determinadas cantidades a los extranjeros ilegales que, de esta forma, pretenden su regularización. En este caso, dado que la maniobra fraudulenta se sustenta sobre una realidad absolutamente ficticia, resulta más fácil su detección para la ITSS.

Ejemplo C. Empresas que ponen en venta puestos de trabajo que, realmente, existen y que están vacantes a sabiendas de la necesidad imperiosa que muchos inmigrantes tienen de esos contratos. Este supuesto, salvo denuncia de los inmigrantes afectados [poco probable dado que habrán conseguido su propósito de obtener la residencia], será prácticamente indemostrable. Estamos en presencia de «una maniobra fraudulenta que ha alcanzado la perfección» desde el punto de vista de sus autores al resultar indemostrable para el Orden legal. Las partes intervinientes en el acuerdo confabulatorio han alcanzado sus respectivos objetivos: el empresario ha obtenido la ventaja económica; el inmigrante indocumentado ha conseguido la residencia legal.

¿Qué responsabilidad se deriva de estas conductas fraudulentas?

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, subsisten algunas coincidencias entre conductas calificadas como infracciones administrativas en la Ley de Extranjería y conductas tipificadas como delito en el Código Penal. No obstante, en la mayoría de las ocasiones, la propia ley resuelve la dualidad en favor del orden penal, al utilizar la frase «siempre que el hecho no constituya delito». Por ejemplo, y en relación con los supuestos antes estudiados, el artículo 54.f) de la Ley de Extranjería tipifica como infracción muy grave:

> «Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito».

Por tanto, los hechos analizados [falsificación de contratos a cambio de dinero] pueden ser calificados como delitos de estafa y falsificación documental.

Ahora bien, puede suceder que, en otros casos, se haya iniciado el correspondiente procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería por hechos que, también, tienen relevancia penal. En este supuesto, tal como establece el artículo 7 del Reglamento que regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora,[52]

> «1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.
>
> En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

(52) Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora [BOE de 9-8-1993].

> 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará la suspensión hasta que recaiga resolución judicial».

En la misma línea de preferencia del procedimiento penal sobre el administrativo sancionador se sitúa el artículo 5. 1 del RD 928/1998, de 14 de mayo:

> «Cuando la Inspección actuante o el órgano al que corresponda resolver el expediente sancionador entienda que las infracciones pueden ser constitutivas de delito, lo comunicará al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el capítulo III y que corresponda a los mismos hechos (…)»[(53)].

Finalmente, y con el fin de evitar la descoordinación entre las distintas autoridades competentes en materia de extranjería, el nuevo reglamento de extranjería regula, detalladamente, la comunicación ínterorgánica de infracciones [art. 256], así como las comunicaciones de los órganos judiciales a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en relación con los extranjeros [art. 257].

B) La extinción del contrato que motivó la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena antes de finalizar la vigencia de la autorización

Como hemos visto en el epígrafe correspondiente, uno de los requisitos que exige el nuevo reglamento para obtener la residencia legal es contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por el empresario en el momento de la solicitud, para un período que no sea inferior a un año[(54)].

Pues bien, la praxis laboral nos demuestra que, en ocasiones, los contratos se extinguen mucho antes de finalizar el periodo legalmente establecido.

Ahora bien, ¿qué trascendencia jurídica tiene este comportamiento para las partes?

Fijémonos, en primer término, en las consecuencias que se pueden producir en la esfera jurídica del trabajador extranjero.

Con carácter general se podría afirmar que, extinguido el contrato de trabajo, con carácter previo, a la finalización de la vigencia de la autorización, conforme al artículo 162 del REX, sería causa suficiente para extinguir la autorización de residencia temporal faltar una de las circunstancias que sirvieron de base para su concesión. En el caso del arraigo social, difícilmente puede darse éste cuando el trabajador extranjero no cuenta con recursos económicos para residir en nuestro país mediante su propio trabajo. Consiguientemente, deja de existir la causa habilitadora de la autorización de residencia temporal.

---

(53) Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social [BOE núm. 132, de 3-6-1998].

(54) *Cfr.* art. 124.2.b) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Ahora bien, ¿qué sucede si el trabajador extranjero que ve extinguido su contrato antes de tiempo consigue contrato con otro empleador, aún vigente la inicial autorización? ¿También se extingue la autorización de residencia temporal? La respuesta a esta última pregunta ha de ser necesariamente negativa. Por varias razones.

En primer término, porque el 71.2.b) del REX establece que la autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración:

> «Cuando se acredite la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y el trabajador se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:
>
> 1. Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.
>
> 2. Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de la renovación».

En segundo término, porque el apartado c) del mismo precepto acorta esta exigencia temporal, al disponer que:

> «Cuando el trabajador haya tenido un período de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente:
>
> Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.
>
> Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.
>
> Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor».

La norma, en este supuesto, exige un plus de diligencia en el comportamiento del trabajador extranjero. O, si se quiere decir de otra manera, exige la ausencia de «culpabilidad» en la extinción de su relación laboral. En sentido contrario, no se exige este requisito para renovar la autorización cuando el trabajador haya prestado servicios durante seis meses.

Ahora bien, ¿qué consecuencias jurídicas se producen en la esfera del empleador?

El mal infligido al empresario, por haber extinguido anticipadamente el contrato firmado con el trabajador extranjero, consistirá en denegar futuras peticiones de autorizaciones, cuando en los últimos doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud haya decidido la extinción del contrato que motivó la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena[55]. En este sentido, la consecuencia jurídica que se anuda al incumplimiento del contrato no deja de ser una sanción, toda vez que se castiga al administrado (empresario) con la pérdida de

(55) *Cfr.* art. 69 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

un derecho o de una expectativa, como es la posibilidad de contratar en el futuro a un trabajador extranjero(56).

La solución dada en este punto nos parece lógica y coherente con los postulados del arraigo. De una parte, en relación con la posición jurídica del inmigrante ilegal, lo que se pretende con el arraigo es que se regularice su situación, básicamente, mediante la incorporación real y efectiva al mercado de trabajo obteniendo unos ingresos que le permitan su sustento. Parece, por tanto, contrario a toda lógica que su situación administrativa (legal/ilegal) se haga depender de las vicisitudes propias de toda relación laboral. De ahí que la norma permita al trabajador extranjero, mientras permanece vigente su autorización de residencia, la posibilidad de concertar contrato con otro u otros empresarios, antes de la correspondiente renovación.

De otra parte, en cuanto a la situación jurídica del empresario contratante, la cuestión más controvertida es la relacionada con la obligación de mantener vivo el contrato de trabajo mientras permanece vigente la autorización de residencia y trabajo por arraigo (un año).

En este sentido, sostiene SEMPERE NAVARRO que (en alusión al derogado artículo 50 del RD 2393/2004) este precepto no puede limitar las facultades de organización y dirección del empresario, especialmente las relativas a la extinción del contrato(57).

A nuestro juicio, la norma ha fijado el tiempo de un año de duración porque éste es el período de vigencia de la autorización de residencia temporal y, por tanto, es lógico y coherente que durante este período el trabajador preste servicios, toda vez que el trabajo es un factor o elemento constitutivo de arraigo. Consiguientemente, si no se trabaja, difícilmente podrá el trabajador extranjero arraigarse e integrarse en nuestra sociedad(58).

Sostener lo contrario chocaría frontalmente con el principio constitucional de libertad de empresa(59). Por tanto, no se puede compeler al empresario contratante a mantener viva, inexcusablemente, la relación laboral durante un año. En esencia, porque no estamos ante una modalidad contractual nueva, que excepcione la aplicación del ET en materia de extinción contractual.

De ahí que el empresario pueda poner fin al contrato suscrito con el trabajador extranjero, conforme a las reglas y procedimientos establecidos por el Derecho Laboral. Pero, tal como postula CHARRO BAENA, no asiste al trabajador extranjero el derecho a instar judicialmente el mantenimiento del vínculo laboral durante al menos ese plazo(60).

Finalmente, la realidad laboral pone de manifiesto algunos comportamientos empresariales consistentes en extinguir, sistemáticamente, de forma anticipada los contratos fir-

---

(56) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo,* t. II, Madrid, Civitas, 1982, p. 147.

(57) *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V., «Contratación laboral y libertad de empresa», en AA.VV., *Libertad de empresa y relaciones laborales en España,* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, p. 70 y ss.

(58) *Vid.* CHARRO BAENA, Pilar, «El trabajo de los extranjeros en España: Una lectura desde el Ordenamiento Laboral». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 63, 2006, p. 70.

(59) *Cfr.* artículo 38 de la CE.

(60) CHARRO BAENA, *op. cit.,* p. 69. En contra de esta opinión, *Vid.* SAIZ DE MARCO, I.: «El nuevo estatus laboral de los inmigrantes». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 10, 2005, p. 290.

mados con trabajadores extranjeros (vía arraigo). Estas conductas, que indiciariamente pueden ser constitutivas de alguna irregularidad, deberán ser investigadas por la ITSS, a los efectos de, si procede, exigir las responsabilidades que legalmente correspondan.

C) La no tramitación del alta en la Seguridad Social del trabajador extranjero una vez concedida la autorización para residir y trabajar

En relación con el trabajador extranjero, recordemos que la autorización de residencia temporal está supeditada en sus efectos a que se tramite el alta del trabajador en Seguridad Social[61].

En cuanto al empresario, no tramitar el alta del trabajador extranjero es una conducta que se halla tipificada como infracción grave en el artículo 53.2.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Se sanciona con multa con multa de 501 a 10.000 euros[62].

Finalmente, la norma establece como causa de denegación de futuras autorizaciones al empleador que haya sido sancionado por esta conducta, en los últimos tres años, inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud[63].

VIII. CONCLUSIONES

1. El arraigo es el vínculo afectivo que se crea entre una persona y un territorio o un grupo social. Ahora bien, este vínculo que se ha creado es necesario que se mantenga de forma duradera. De tal suerte que el factor tiempo se erige en catalizador de ese, lento y progresivo, proceso de enraizamiento que constituye el arraigo.

2. El arraigo es o puede ser un valor del ser humano. Algunos hablan del arraigo como necesidad [S. WEIL]. Esto se puede explicar como el deseo de pertenecer a una determinada comunidad en la que se comparte cultura, idioma, tradiciones sociales, etcétera. En suma, el poso que deja la existencia humana. Recordemos lo que decía Johann Peter HEBEL:

> «Somos plantas —nos guste o no admitirlo— que deben salir con las raíces de la tierra para poder florecer en el éter y dar fruto».

3. El arraigo, en sus distintas variantes, pese a estar considerado en la Ley como una circunstancia excepcional, se ha convertido en la principal vía de regularización de los

(61) El artículo 36. 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, establece: «La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social (…)».

(62) La infracción por falta de alta de un trabajador nacional se sanciona con multa de 3.126 a 6.250 euros en grado mínimo [Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (BOE del 6 de mayo)].

(63) *Cfr.* art. 69.1.h), *in fine*, del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

inmigrantes que residen ilegalmente en España. Es, además, una forma privilegiada de obtener la residencia legal, toda vez que se eliminan algunos requisitos legales de importancia que, de otra manera, tendrían que cumplirse.

4. El arraigo es una institución jurídica esencial a la hora de resolver las numerosas controversias que se suscitan en este ámbito. Al tratarse de una noción de contornos vagos e imprecisos, ha sido calificada por la jurisprudencia como concepto jurídico indeterminado. El Tribunal Supremo ha optado por una interpretación extensiva del término arraigo, en sintonía con el sentido inmanente de la palabra.

5. El arraigo, como construcción jurisprudencial, ha sido recogido, finalmente, por nuestra legislación sobre extranjería, de forma nominativa, en la Ley 8/2000, de 22 de diciembre.

6. El estado de necesidad de los inmigrantes, unido a los privilegios legales para obtener la residencia por arraigo, en particular por arraigo social, pueden ser el fermento que haga crecer el nivel de fraude en este ámbito. De ahí que sea fundamental la coordinación entre las distintas Administraciones implicadas en esta materia. Los informes de la ITSS, en particular los preventivos, pueden contribuir de manera decisiva a tal fin.

7. El nivel de arraigo exigido para poder residir y trabajar en España no puede ser idéntico al de un nacional que vive en su propio país, ni tampoco a quien pretende, legítimamente, obtener la nacionalidad. Aun siendo deseable conseguir el máximo nivel de integración social en nuestra comunidad, sería contrario a la naturaleza de las cosas exigir a los extranjeros que rompan con las raíces de su tierra originaria.

8. Los inmigrantes, una vez concedida la autorización para residir y trabajar, quedarían, teóricamente, al mismo nivel, en cuanto a derechos laborales y sociales, que el trabajador español. Pero sólo en teoría. No debemos olvidar que la autorización de residencia inicial es por un año. Por tanto, siempre penderá sobre su cabeza la espada de Damocles de la renovación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHARRO BAENA, P., «El trabajo de los extranjeros en España: Una lectura desde el Ordenamiento Laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 67-99.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1982.

GONZÁLEZ CALVET, J., «El arraigo como instrumento de regularización individual y permanente del trabajador inmigrante indocumentado en el Reglamento de Extranjería aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre», *Revista de Derecho Social*, núm. 37, año 2007, pp. 105-127.

McDOWELL, L., *Género, identidad y lugar* (trad. Pepa Linares), Ediciones Cátedra, Madrid, 2000.

HEIDEGGER, M., *Serenidad (Dejidad), Gelassenheit*, 1995, versión castellana de Ives Zimmermann, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1994.

PICO LORENZO, C., «Nuestra errática normativa sobre extranjería. Especial referencia a las regularizaciones y a al arraigo», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 43, marzo de 2002, pp. 62-71.

RAMOS QUINTANA, M.I., «Régimen de entradas, estancia y salida de los inmigrantes del territorio español». Ponencia dictada en las jornadas organizadas por la Escuela de Formación Continua del CGPJ. Fuerteventura, junio de 2005.

SAIZ DE MARCO, I., «El nuevo estatus laboral de los inmigrantes», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 10, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A.V., «Contratación laboral y libertad de empresa», en AA.VV., *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 197-227.

TRINIDAD GARCÍA, M.ª Luisa y MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005.

VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo, «Heidegger, Hölderlin y Trakl. El habitar poético del hombre en el mundo», en <www.filosofia.tk/articulo_habitarpoetico.htm>.

WEIL, S., *Echar raíces*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.

IV. INMIGRANTES ILEGALES: CONCEPTO INFAME. RESPONSABLES Y DESHONRADOS

ALEJANDRO PEÑA PÉREZ

Abogado de Infante & Peña Abogados

RESUMEN

Inmigrantes ilegales: concepto infame. Responsables y deshonrados

Este trabajo pretende plasmar el mal uso del lenguaje relacionado con el fenómeno de las migraciones y del que son víctimas directas las personas inmigrantes. Términos como sin papeles, indocumentados, clandestinos, ilegales, etc., son cada vez más comunes para referirse a estas personas que un día decidieron dejar su país en busca de un futuro mejor.

Con estos conceptos, en especial el de inmigrantes ilegales, en los últimos años se ha asentado una tendencia que incide en la criminalización de los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, y que fomentan la deshumanización de la persona y su humillación y deshonra como persona inmigrante. En muchos aspectos, resulta cada vez más asiduo vincular concepciones como inmigración y delincuencia, de la que son responsables (consientes o inconscientes) medios de comunicación y poderes públicos. Este binomio inmigrante-delincuente se encuentra peligrosamente cada vez más arraigado en la opinión pública y en la propia sociedad.

Palabras claves: Inmigrantes ilegales, criminalización, deshumanización, deshonra, inmigrante-delincuente.

ABSTRACT

Illegal immigrants: concept infamous. Responsible and dishonored

This work intends to translate the misuse of language related to the phenomenon of migration and who are direct victims of immigrants. Terms like such as illegal immigrants, undocumented, clandestine, illegal, etc.., are becoming increasingly common to refer to these people who one day decided to leave their country in search of a better future.

With these concepts, especially the illegal immigrants' concept, in recent years has established a trend that affects the criminalization of migrants in irregular administrative situation, and that promote the dehumanization of the person and his humiliation and dishonor as immigrant person. In many respects, it is becoming more frequent as concepts linking immigration and crime, which are responsible (conscious or unconscious) media and public authorities. This binomial immigrant-delinquent is perilously becoming more ingrained in the public and society itself.

Key words: Illegal immigrants, criminalization, dehumanization, dishonor, immigrant-delinquent.

SUMARIO

I. INMIGRANTES ILEGALES: IDEAS INICIALES.

II. INMIGRANTES ILEGALES: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PERSONA.

III. INMIGRANTES ILEGALES: SU EXPRESIÓN EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PODERES PÚBLICOS.

1. Análisis cuantitativo.
2. Análisis cualitativo.
A) Medios de comunicación.
B) Organismos internacionales: especial mención a la UE.
C) Organismos nacionales.

IV. CONCLUSIONES.

V. FUENTES CONSULTADAS.

VI. DOCUMENTOS OBJETO DEL ESTUDIO: ANEXO I.

«Además, habría que revisar la legislación migratoria poniendo en cuestión palabras como "ilegales" cuando están referidas a las personas. No puede haber personas ilegales. Eso sería una negación a los contenidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo primero plantea que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Sin embargo, en la actualidad, en muchas ocasiones, las mercaderías tienen más estatus que las personas».

Susana CHIAROTTI[1]

I. INMIGRANTES ILEGALES: IDEAS INICIALES

Desde hace muchos años, desde siempre podría decirse en nuestra época moderna, a los inmigrantes que han salido de su tierra, de su hogar, ya sea obligados por diferentes motivos, ya sea por decisión propia, se los ha definido de muy diversas maneras. Concepciones muy diversas que buscan una misma calificación de esas personas que vienen de fuera, especialmente para aquellos que, por desgracia para ellos, no cumplen o no pueden cumplir con la legislación que regula el fenómeno de las migraciones del país de turno. Entre estos conceptos, por regla general, ofensivos y en cierto sentido «denigrantes», encontramos los calificativos de inmigrantes, sin papeles, irregulares, indocumentados, clandestinos, ilegales, etc. Todos ellos conceptos que, si bien buscan por regla general una identificación común, pierden todo su sentido en un lenguaje usado hoy en día carente de toda propiedad. De este modo, el uso que se le dé a ese lenguaje, su sentido, la interpretación, y sobre todo el fin que se pretende con ese uso determinado pueden provocar, y de hecho provocan, que la idea que la sociedad tenga de la inmigración varíe de manera antagónica.

Ese lenguaje, esos conceptos, nos colocan en concepciones muy distintas del fenómeno de la migración. Como consecuencia de ello, podemos encontrarnos con concepciones del fenómeno tan dispares como aquellas que mantienen que las migraciones, especialmente la inmigración, suponen un problema al que urge buscarle una solución, un problema provocado por un responsable claro y palmario: el inmigrante. Otras concepciones, sin

(1) Conferencia Hemisférica sobre Migración Internacional: «Trata de Mujeres: Conexiones y Desconexiones con Migración y Derechos Humanos».

embargo, ven en la inmigración una solución en sí misma, una manera de aportar enfoques nuevos a la sociedad, de enriquecerla con todos aquellos aspectos de los que carece, por no hablar de la importancia en el desarrollo económico que la inmigración ha supuesto para muchos países.

Del mismo modo, nociones tan extremas entre sí conllevan igualmente que ese protagonista del fenómeno, esto es, el inmigrante, sea tratado (o maltratado) según el plato de la balanza en el que se encuentre. Aunque resulte innecesario plantearse estas cuestiones, uno se cuestiona realmente si la sociedad, nacional e internacional, ve en el inmigrante, realmente, a un ser humano. ¿Son los inmigrantes personas o son simples objetos, mercancías a los que se puede tratar al antojo de políticas economicistas y utilitaristas? ¿Son tratados como seres humanos? ¿Se les reconoce de manera íntegra como sujetos con Derechos? Pero sobre todo ¿cómo se concibe al inmigrante? ¿Cómo se transmite a la sociedad en su conjunto el fenómeno de la inmigración? ¿Quiénes son los responsables de que en ocasiones al inmigrante se le conciba como a un delincuente?

Con este boceto de ideas, el presente estudio pretende plasmar el trato que los inmigrantes reciben en los principales focos de la sociedad actual. Los medios de comunicación —prensa, televisión, radio, internet, etc.—, Organismos Internacionales —ONU, ACNUR, OIT, OIM, etc.—, la propia Unión Europea, Organismos nacionales —Ministerio del Interior—, incluso algún partido político. En las próximas páginas se expondrá una muestra de cómo el trato que reciben los inmigrantes carece en muchas ocasiones del rigor necesario. Un rigor que los deshumaniza y por otro lado los hace vulnerables ante la opinión pública, de tal modo que los llega a colocar en el centro de mira y en responsables directos de los males y problemas que padecen los ciudadanos y la sociedad.

Un estudio que abarca un total de 252 documentos, entre ellos: artículos periodísticos, noticias, artículos de opinión, comunicados oficiales, notas de prensa, informes, memorándums, estudios especializados, etc.[(2)]. Evidentemente, estos documentos son solo una pequeña muestra y suponen una representación parcial del enfoque que desde cierta parte de la sociedad se quiere inculcar al fenómeno de las migraciones, pero no por ello dejan de ser menos ciertas las afirmaciones que a continuación se expondrán. Siendo un estudio sesgado, se aporta, no obstante, una visión razonada y sólida de esta visión que hace que veamos al inmigrante como a un delincuente, esto es, como a un simple «ilegal».

II. INMIGRANTES ILEGALES: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PERSONA

Es conocido por todos los profesionales de las diferentes ramas que se relacionan dentro del fenómeno de las migraciones ese principio que reza, *grosso modo*, que «ningún inmigrante es ilegal. Las personas no pueden ser consideradas ilegales, solamente sus actos pueden ser calificados como ilegales». Este principio, que debe ser considerado como un axioma irrefutable, un dogma, carece no obstante de ese valor absoluto que debería poseer.

(2) Por cuestiones de extensión de este trabajo, se expondrá como muestra parte de los documentos estudiados. Por ello, los documentos elegidos se tienen por los más representativos. No obstante, para ver una referencia completa de los documentos estudiados véase el ANEXO I: DOCUMENTACIÓN.

Son muchos los que han afirmado de manera reiterada que la ilegalización de los inmigrantes, la ilegalización de las personas por ende, debe ser calificada como una aberración jurídica. Existen fundamentos para realizar esta afirmación, a pesar de que el concepto «inmigrantes ilegales» sea uno de los más socorridos en muchos foros para referirse a los inmigrantes irregulares, es decir, aquellos inmigrantes que por no cumplir o no poder cumplir con la normativa vigente en Derecho de Extranjería no ostentan el estatus jurídico de residente legal, estando por tanto en situación administrativa irregular.

Por tanto, la afirmación de que existen personas legales y personas ilegales no puede tener otro calificativo que el de aberración jurídica. Para muchos, entre los que se encuentra este servidor, dicha aberración pasa de jurídica a humana cuando se llega al absurdo de calificar a un menor como ilegal. ¿Es posible concebir la existencia de niños legales y niños ilegales? Esta concepción está más cerca de lo inhumano que de ser calificado como antijurídico.

Hoy en día entre estos mismos profesionales a veces se sigue escuchando la referencia «inmigrantes ilegales» cuando se habla de inmigrantes en situación irregular. Y no solo entre supuestos profesionales. Como veremos, el propio Ministerio del Interior califica a los inmigrantes como ilegales. Y la Unión Europea tampoco es una excepción.

Viendo este panorama, la consecuencia más inmediata en el tratamiento de los inmigrantes como ilegales es su criminalización directa. No cabe otra conclusión cuando se usa un concepto que sitúa al inmigrante como responsable en la vulneración del ordenamiento jurídico. Una vulneración que se ve más como un delito, como un fraude al ordenamiento jurídico y a la sociedad, que como lo que realmente es, una simple infracción administrativa. Y es eso y simplemente eso, una infracción que viene reconocida como transgresión administrativa por la Ley de Extranjería[3], y que no tiene cabida, ni deberá tenerla jamás, en el Código Penal.

En este sentido, la criminalización del inmigrante al considerarlo como ilegal se plasma en distintos ámbitos. En primer lugar, se criminaliza a la persona. Se la deshumaniza, se la convierte en un delincuente por el hecho de no ser residente legal. Esta actitud humilla a todo inmigrante, regular o irregular, por cuanto se generaliza esta concepción de delincuente al simple hecho de ser extranjero, ser inmigrante.

En segundo lugar, esta criminalización se identifica de igual forma con todos aquellos que de manera directa o indirecta tienen relación, prestan ayuda o auxilio, colaboran o tienen vínculos con las personas inmigrantes. En efecto, esta actitud se refleja hoy en día en múltiples aspectos. Una muestra clara fue el intento de criminalizar la ayuda humanitaria y desinteresada por parte del primer anteproyecto de la Ley de reforma de la Ley de Extranjería, actual Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

(3) En este sentido, es necesario recordar que la actual Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dada su última redacción conforme a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, dispone en su artículo 53.1.a) que se considera infracción grave «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

integración social. En su primer texto, podía leerse en la modificación y propuesta como nuevo Artículo 53.2.c) de la LO 4/2000 lo siguiente:

> «2. También son infracciones graves:
>
> c) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero. Se considerará que se promueve la permanencia irregular cuando el extranjero dependa económicamente del infractor y se prolongue la estancia autorizada más allá del período legalmente previsto. En la propuesta de sanción por esta infracción se tendrán especialmente en cuenta todas las circunstancias personales y familiares».

Mediante dicho precepto se venía a sancionar la ayuda humanitaria que cualquier buen ciudadano u organización humanitaria, religiosa, pro inmigrante, etc., pudiera proporcionar a un inmigrante en situación de vulnerabilidad. Más aún, dicho enunciado ponía en tela de juicio la labor de entidades de reconocido prestigio como podría ser el caso de la Cruz Roja, por ejemplo, y no digamos lo cuestionable que resultaría bajo este prisma, así como antijurídico, los continuos viajes de inmigrantes irregulares gestionados por el Gobierno de España desde las Islas Canarias hasta la península. Viajes que no olvidemos, y que resulta *vox populi*, se resolvían con unos pocos euros en la mano y un bocadillo para su posterior abandono en la jungla de asfalto a su suerte, provocando que «el extranjero dependa económicamente del infractor y se prolongue la estancia autorizada más allá del período legalmente previsto». Bajo esta situación, nacieron multitud de campañas en contra del precepto citado, entre las que destaca de manera predominante la Plataforma «Salvemos la hospitalidad»[(4)].

---

(4) En su «Manifiesto para la reforma del Artículo 53.2 c) que sanciona a quienes ayuden solidariamente a las personas extranjeras en situación irregular» podían leerse afirmaciones tan procedentes como:

«Uno de los deberes presente en todas las culturas, y en algunas, señal de su identidad, es el de la «hospitalidad». […]

A la tendencia criminalizadora de la inmigración ilegal (considerar a la persona que quiere sobrevivir desplazándose por el planeta como un peligroso delincuente), se une ahora la de aplicar un marco sancionador a las personas que de manera solidaria ejercen el deber de la hospitalidad, colocando su comportamiento altruista como forma proscrita de "promoción de la permanencia ilegal en España". Ello pone en automática situación de ilicitud a miles de personas que acompañan, hospedan en sus casas y apoyan a personas sin papeles. De este modo, ONG, Congregaciones religiosas y ciudadanos, que vienen ejerciendo el deber de acogida y la solidaridad para con las personas inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, verían perseguida su actuación. Más aún: la reforma pretende ampararse en el silencio cómplice de los ciudadanos ante estos atropellos contra la dignidad humana y los derechos fundamentales. […]

Esta reforma legal tiene una enorme trascendencia ético-política: crea una norma que convierte en ilegal un principio-valor tan estructuralmente necesario en un Estado como es la solidaridad.

El objetivo de esta norma es intimidar a los ciudadanos españoles o extranjeros con papeles para que nieguen toda forma de apoyo a la persona en situación irregular y ésta se quede sin ningún tipo de ayuda, es decir, en la calle, sin comida, ni vestido, ni dinero, para que mediante la presión de esta situación de precariedad absoluta, vuelva a su país. Se olvida que "toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio" (art. 13 Declaración Universal del Derechos Humanos) y que "en caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo y disfrutar de él, en cualquier país" (art. 14 DUDH).

Ante esta situación, exponemos:

1. Que hemos constatado, después de tantos años acogiendo y acompañando itinerarios vitales de personas en situación de extrema vulnerabilidad personal y social, el valor de la solidaridad y la convivencia en nuestros domicilios como forma concreta de expresión de corresponsabilidad humana y social con aquellos que no tienen los mínimos de supervivencia —casa, pan y trabajo—.

Afortunadamente dicho precepto no pudo soportar la presión mediática impuesta por organizaciones humanitarias, entidades religiosas y distintos colectivos en defensa de los Derechos Humanos de los inmigrantes, y finalmente se modificó el texto inicial[5] (no obstante, el contenido sigue siendo criticable desde el punto de vista ético-jurídico).

Distinta suerte ha corrido la última reforma de la normativa de extranjería sufrida en Italia, y cuya expresión más flagrante ha sido, esta vez sí, la criminalización literal de la inmigración a través de la Ley núm. 94, de 15 de julio de 2009, sobre Disposiciones de Seguridad Pública, incluyendo reformas en el Código Penal italiano.

La criminalización del inmigrante al considerarlo como ilegal se plasma asimismo en la influencia a la que se encuentra sometida la sociedad, la opinión pública, y que viene provocado por el bombardeo incesante que reciben de medios de comunicación y de las mismas instituciones nacionales y supranacionales que transmiten en bastantes ocasiones el hecho de que el inmigrante en situación irregular es un inmigrante ilegal. Quizás sea este uno de los ámbitos en los que mayor se deja sentir la criminalización de las personas inmigrantes, y el motivo no es otro que el control que estos medios ejercen hoy en día sobre la sociedad y sobre la formación de la opinión colectiva. Es por ello que el presente estudio otorga un papel protagonista en esa concepción que se transmite desde estos medios, de que los inmigrantes son ilegales, y no irregulares. Evidentemente hablamos en términos generales, nunca en sentido absoluto. Partimos del hecho de que existen excepciones. Así hay que denominarlas, son una excepción a la regla general.

Por último, y corolario de todos los motivos expuestos, la criminalización del inmigrante se observa en los brotes racistas y xenófobos que en los últimos tiempos han aflorado. Estos brotes tienen su expresión más clara en la concepción que la sociedad (española) tiene del inmigrante, del extranjero, y que se agrava año tras año. La crisis económica no ha hecho más que acentuar ese sentimiento de exclusión en el que se ve al inmigrante como algo ajeno a la sociedad, como el «otro» que viene desde fuera a robarnos el trabajo, a aprovecharse de nuestro sistema sanitario, a llevarse el dinero de nuestras pensiones y

---

2. Que una parte significativa de la responsabilidad de la miseria en que se hallan los pueblos de origen de quienes tiene que migrar a España está provocada por procesos históricos y políticas económicas y colonizadoras (y descolonizadoras) de los Estados del denominado Primer Mundo, que mantiene intereses en el sostenimiento de regímenes no transparentes ni democráticos en el Tercero (incluida, por cierto, la venta de armas y el tráfico de personas).

3. Que el principio de solidaridad para con los más desheredados del mundo es un elemento ético de legitimación en una sociedad que se denomina democrática, que considera que los bienes de la tierra tienen un destino universal y que ni la propiedad ni las fronteras pueden tener un valor absoluto ante la miseria del prójimo y su derecho a sobrevivir.

4. Que el Estado español pierde toda legitimidad ético-jurídica cuando legisla contra el contenido esencial de los Derechos Humanos, despoja de todo tipo de ayuda material a las personas en situación irregular y pretende intimidar con graves sanciones a quienes ejerzan la hospitalidad y el cuidado del otro.

Ante ello, con independencia de otras numerosas discrepancias, proponemos al Gobierno, en este punto concreto, como auténtico mínimo ético, que modifique el Anteproyecto en el sentido de incorporar al texto normativo la necesidad de "ánimo de lucro" en el infractor para que pueda ser sancionable».

(5) El contenido final de Artículo 53.2.c) de la LO 4/2000 es el que sigue:

«2. También son infracciones graves:

c) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes».

prestaciones, y a delinquir sin cesar. Aunque parezca mentira, este es un sentimiento más extendido de lo que puede parecer en un principio.

Esta concepción tan negativa tiene su reflejo más directo en la sociedad, pero es un sentimiento del que están sacando partido, por un lado, los grupos radicales y de extrema derecha, y por otro, y más importante, los partidos políticos que con ideales retrógrados, con claros tintes racistas y xenófobos, están tomando, cada vez más, un papel protagonista en el panorama político de determinados países. La experiencia del auge de este tipo de partidos políticos tiene un claro exponente en países como Alemania, Holanda o Bélgica, de forma expresa, y en países como Suiza, Italia o Francia de forma no tan expresa, pero sí evidente.

Todos los motivos expuestos demuestran que la criminalización de los inmigrantes es un hecho. Los «inmigrantes ilegales» son hoy el punto de mira y son considerados responsables y culpables de muchos de los problemas que suceden en nuestra sociedad actualmente. Una culpabilidad, como hemos dicho, que viene impuesta por la opinión pública, pero cuyo fundamento descansa en dos bloques evidentes: Los medios de comunicación (prensa, radio, televisión, internet) y los poderes públicos (gobiernos, organismos internacionales, Unión Europea, partidos políticos).

Veamos, pues, las fuentes de las que nace el inmigrante irregular como inmigrante ilegal.

III. INMIGRANTES ILEGALES: SU EXPRESIÓN EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PODERES PÚBLICOS

Expuestas las ideas iniciales sobre la concepción de los inmigrantes como ilegales, así como su criminalización, es momento de tratar en profundidad el estudio realizado respecto a los documentos analizados.

Para ello dividiremos este tratamiento en dos apartados: un análisis cuantitativo y otro cualitativo. De conformidad con ello, en el primero se expondrán a nivel estadístico diferentes aspectos de relevancia que se han desprendido del presente estudio, como son los referentes a: año de publicación, ámbito territorial, medio usado para su publicación, contenido del documento, y especialmente el uso del calificativo ilegal referido a las personas inmigrantes. En segundo lugar, el análisis cualitativo busca concretar los aspectos más destacados observados en el estudio realizado, así como los patrones detectados en el tratamiento de los inmigrantes como ilegales. Asimismo, el objetivo básico de este análisis es plasmar esa criminalización directa e indirecta del inmigrante que se desprende de los documentos estudiados, la cual se vuelca a la sociedad transmitiendo una manera muy concreta de entender y calificar el fenómeno de la inmigración.

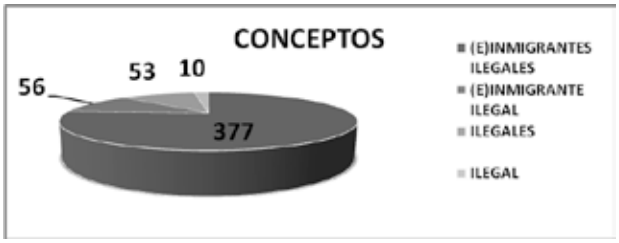
Con todo ello se pretende, en conclusión, denunciar el mal uso que se hace del lenguaje, no siempre de manera inconsciente, y que provoca que en la sociedad vaya calando la idea de que el inmigrante en situación irregular no es tal, sino que es un inmigrante ilegal, con lo que se cierra el círculo que transmite el ideal que criminaliza al inmigrante. En consecuencia, de manera consciente o inconsciente, se expresa una concepción particular de entender las migraciones, una concepción que terminará influyendo en la opinión pública

en mayor o menor medida y que igualmente, de manera consciente o inconsciente, acabará asentándose en la sociedad y en su manera de entender y concebir la situación de un inmigrante que por no tener el estatus de residente legal es, o bien un inmigrante en situación irregular, o bien un delincuente, un inmigrante ilegal.

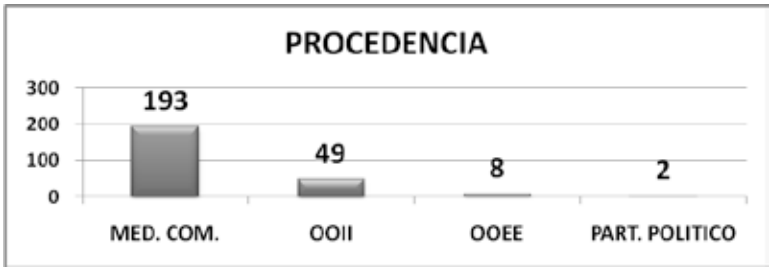
1. Análisis cuantitativo

Partiendo de esta primera premisa, el presente estudio ha tomado como referencia un total de 252 documentos procedentes de muy diversos orígenes.

En estos 252 documentos, los conceptos estudiados, esto es, el calificativo de la persona inmigrante como ilegal, superan con creces este número. Concretamente los conceptos a detectar han sido los siguientes: *«inmigrantes ilegales»*; *«inmigrante ilegal»*; *«ilegales»*; e *«ilegal»*[6]. El total de menciones contenidas en estos documentos asciende a 496, repartidas según dispone el siguiente gráfico.



En su procedencia, cabe destacar que el 76,6% (193) de los documentos corresponden a artículos y noticias publicados en medios de comunicación, en su gran mayoría españoles, seguido de documentos emitidos por Organismos Internacionales, con un 19,4% (49), y los emitidos por Organismos nacionales con un 3,2% (8).

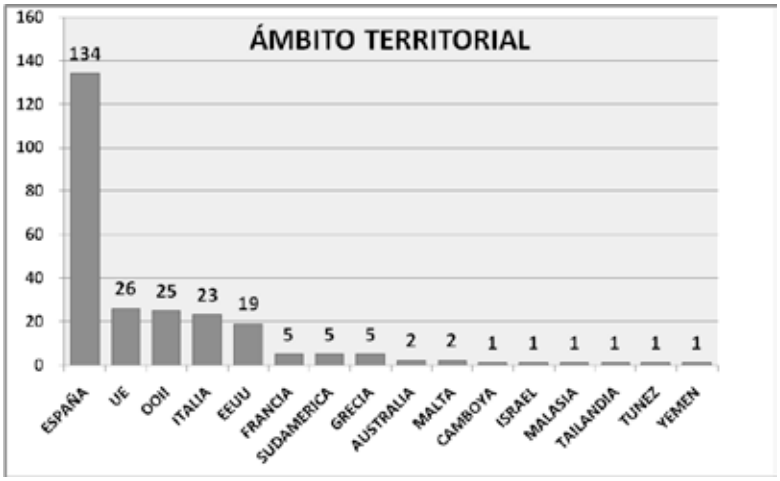


Esta enorme representación de los medios de comunicación se debe, en primer lugar, a que es el ámbito que mayor proyección tiene sobre la sociedad, debido principalmente a la abundancia y constante presencia de los mismos en el día a día; y en segundo lugar, al

(6) También se ha detectado, aunque en casos muy reducidos, el calificativo de «emigrante/s ilegales/s». En este caso se ha incluido estas referencias en el concepto de inmigrante al resultar residual dicha mención.

hecho de que no cabe duda de que es donde más frecuentemente pueden leerse las referencias a los inmigrantes como «inmigrantes ilegales».

Por otro lado, por lo que respecta al ámbito territorial sobre el que versan los documentos, si bien un 53,2% (134) hacen referencia a España, el siguiente gráfico muestra el denso panorama existente:

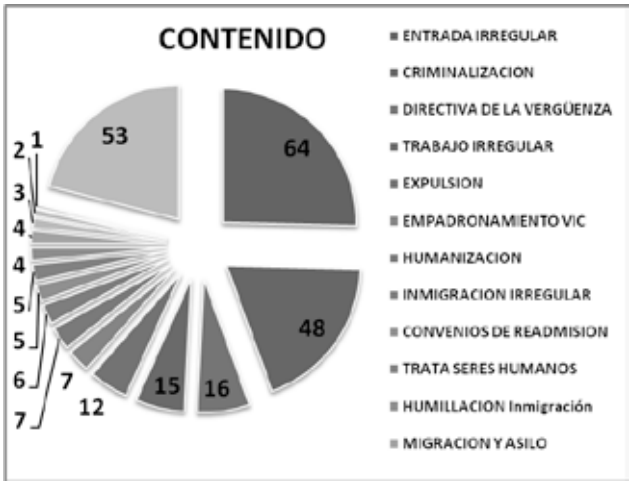


De entre ellos, destacan los documentos nacidos en el seno de la UE, y que, como se verá más adelante, por su relevancia se considera oportuno estudiar de manera detenida.

Respecto a la cronología de los documentos, el estudio pretende centrarse en un periodo no muy extenso, por lo cual el grueso de los mismos responde principalmente al periodo de los últimos 5 años, esto es, un 87,3% (220). No obstante, existen documentos que van desde el año 1996 hasta abril de 2011.



Por último, cabe destacar como grupo de estudio más importante el referente al contenido sobre el que tratan cada uno de estos documentos. Siendo éste el principal objeto de análisis del próximo apartado, en este momento cabe destacar que los temas más asiduos entre los documentos estudiados están relacionados con la *entrada irregular de inmigrantes y sus efectos,* 25,4% (64), seguido de documentos que se refieren, directa o indirectamente, a la *criminalización de los inmigrantes,* 19% (48), su *expulsión, devolución y las políticas de readmisión,* 6,7% (23), seguido por el tratamiento de la conocida como *Directiva de la Vergüenza*(7), 6,3% (16), y por el *trabajo irregular de los inmigrantes,* 6% (15). Todos estos temas resultan los más representativos, constituyendo un 63,5% de los documentos estudiados.



Vistas estas aclaraciones cuantitativas es el momento de estudiar a fondo su contenido y la idea que transmiten, así como las muestras más significativas entre los ejemplos citados.

2. Análisis cualitativo

A) Medios de comunicación

Dentro de este apartado, y antes de entrar en materia, merece la pena recordar que independientemente del sentido que se quiera dar al lenguaje y el uso concreto de las palabras, el calificativo de una persona inmigrante como ilegal resulta claramente peyorativo, según se ha expuesto holgadamente. Se criminaliza a la persona, se le trata como a un vulgar delincuente sin tener en cuenta si realmente resulta cierta esa afirmación implícita. El uso de palabras correctas (inmigrante en situación irregular) o incorrectas (inmigrante ilegal)

(7) Es *vox populi* el conocido apodo de Directiva de la Vergüenza que se dio en su momento, y que se mantendrá por el resto de los días, a 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.

transmite la percepción que el medio o la entidad que usa esas palabras tiene del fenómeno de la inmigración. Incluso el uso inconsciente e inofensivo del término ilegal resulta a todas luces censurable y ha de ser corregido para evitar transmitir ideas erróneas e indebidas. Resulta en estos momentos muy ilustrativa la célebre cita de PLUTARCO en su obra *Vidas Paralelas*: «la mujer del César no sólo debe ser honrada sino parecerlo».

Entrando ya en materia, y respecto al uso de conceptos correctos e incorrectos, cabe destacar primeramente que la mezcla de los mismos resulta común en los documentos procedentes de medios de comunicación. En muchas ocasiones, y dentro de una misma noticia, se confunden conceptos como *«inmigrantes irregulares», «sin papeles», «indocumentados», «inmigrantes clandestinos», «ilegales»*, etc., usándose incluso como sinónimos. Así, valga como muestra, encontramos noticias con las siguientes afirmaciones:

> «La ciudad autónoma de Ceuta recibió durante el año pasado a un total de 560 **inmigrantes indocumentados** *no marroquíes […]* en 2010 se registraron 1.567 entradas de **inmigrantes irregulares** […] La cifra de entradas ilegales del año 2010 permite cerrar la década consolidando la reducción iniciada a partir de 2005, cuando se produjo la entrada de 5.566 **inmigrantes ilegales** […]»(8).
>
> «De los 7.285 **inmigrantes irregulares** que llegaron en patera a las costas españolas en 2009, en tan sólo un año se han reducido hasta los 3.632, […] y se ha expulsado a 11.454 **inmigrantes ilegales**»(9).
>
> «… por facilitar el embarque a **indocumentados** hacia Algeciras (Cádiz). […] En la embarcación iban escondidos dos **inmigrantes indocumentados** […] La detención se ha producido en las bodegas de la embarcación de alta velocidad en la que también se encontraban escondidos dos **inmigrantes irregulares**»(10).
>
> «… Silvio Berlusconi ha identificado la lucha contra el crimen con los **extranjeros indocumentados**, […] Los servicios públicos quedan excluidos para los cerca de un millón de "**sin papeles**" del país, […] El nuevo paquete prevé la ampliación de dos a seis meses del tiempo que los **indocumentados** pueden pasar en los centros de internamiento […] En su opinión, la forma con que el Gobierno de Berlusconi trata a los "**sin papeles**" es "errónea" y responde a "intereses políticos". **Los irregulares** son imprescindibles para el mercado laboral italiano […]»(11).
>
> «… el periodo máximo de detención de los **indocumentados**. […] Entre otras medidas, la directiva establece en su forma actual un período de retorno voluntario para los **inmigrantes ilegales** de entre 7 y 30 días. […] También prevé que los **irregulares** puedan ser internados un máximo de seis meses antes de su expulsión, […]»(12).

---

(8) *20 MINUTOS*, 18 de enero de 2011: «El número de inmigrantes irregulares llegados a Ceuta durante 2010 crece un 25 por ciento respecto a 2009», <http://www.20minutos.es/noticia/932323/0/>.

(9) *EL MUNDO*, 18 de enero de 2011: «3.632 inmigrantes llegaron en patera en 2010, la cifra más baja de esta década», <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/01/18/espana/1295351011.html>.

(10) RTVE, 18 de mayo de 2010: «Cinco detenidos en Ceuta por tráfico de inmigrantes ilegales», <http://www.rtve.es/noticias/20100518/cinco-detenidos-ceuta-trafico-inmigrantes-ilegales/331760.shtml>.

(11) *LA RAZÓN*, 14 de mayo de 2009: «Italia aprueba la caza del ilegal», <http://www.larazon.es/noticia/italia-aprueba-la-caza-del-ilegal>.

(12) *EL MUNDO*, 18 de junio de 2008: «Una Eurocámara dividida vota la directiva de retorno de los inmigrantes ilegales», <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/18/internacional/1213767738.html>.

> «… una nueva legislación con normas comunes mínimas sobre el retorno de los **inmigrantes irregulares** a sus países de origen. El último punto de discordia, sobre la garantía de asistencia jurídica para los **indocumentados**, […] los **inmigrantes ilegales** no podrán entrar de nuevo al bloque durante un plazo de cinco años, […] Finlandia, Estonia, Irlanda, Malta y Holanda— no tienen ningún período máximo de retención de los **indocumentados**, […] Además, se acordó incluir una declaración en la que se hace un llamamiento a los Estados miembros a que «dispongan los medios necesarios» para ayudar a los **clandestinos** […]»[13].

Los textos citados demuestra evidentemente la falta de coherencia y conocimiento de los conceptos usados. Demuestra asimismo que, o bien se desconoce el contenido peyorativo del concepto «ilegal/es», lo que no resulta una justificación, o bien se conoce perfectamente y se busca con su uso transmitir a la opinión pública un discurso claro y manifiesto que aboga por calificar al inmigrante en situación irregular como delincuente.

Esta percepción del inmigrante ilegal se agrava claramente cuando las noticias tratan sobre la entrada irregular y los efectos que esto produce, siendo el más trascendental desde el punto de vista humano la muerte de muchos inmigrantes en ese intento de entrar irregularmente. En primer lugar, suele ser común el transmitir la idea de que la llegada de inmigrantes vía pateras, cayucos, barcos, etc., resulta masiva, provocando de manera indirecta la sensación de que a través de esta forma de entrar en España (u otro país), pervirtiendo el ordenamiento jurídico, nos están invadiendo. Se crea un sentimiento de inseguridad y de «invasiones bárbaras» cuando leemos titulares como **«Interceptadas dos pateras con 24 inmigrantes en las costas de Murcia y Almería»**[14]; **«Una patera llega a Tarifa con 40 subsaharianos»**[15]; **«Rescatan en el Estrecho la sexta lancha de juguete en tres días»**[16]; **«Los inmigrantes ilegales aprovechan los camiones de los feriantes para llegar a España»**[17]; **«La llegada de una cuarta patera en un mes reactiva la ruta del Estrecho»**[18]*;* **«El buen tiempo provoca un repunte de la llegada de pateras a las costas españolas»**[19]; **«Detenidos al menos 96 inmigrantes de dos pateras en la costa granadina»**[20].

---

(13) CADENA SER, 22 de mayo de 2008: *«La UE alcanza un acuerdo sobre la norma para devolver a los inmigrantes ilegales»*, <http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/ue-alcanza-acuerdo-norma-devolver-inmigrantes-ilegales/csrcsrpor/20080522csrcsrsoc_9/Tes>.

(14) RTVE, 11 de enero de 2011, <http://www.rtve.es/noticias/20110117/interceptadas-dos-pateras-24-inmigrantes-costas-murcia-almeria/395592.shtml

(15) CUATRO, 7 de noviembre de 2010, http://www.cuatro.com/noticias/noticias/patera-llega-tarifa-subsaharianos/20101107ctoultpro_4/>.

(16) LA VOZ DIGITAL, 14 de agosto de 2010, <http://www.lavozdigital.es/cadiz/v/20100814/ciudadanos/rescatan-estrecho-sexta-lancha-20100814.html>.

(17) RTVE, 10 de agosto de 2010, <http://www.rtve.es/alacarta/videos/television/inmigrantes-ilegales-aprovechan-camiones-feriantes-para-llegar-a-espana/848840/>.

(18) LA VOZ DIGITAL, 7 de julio de 2009, <http://www.lavozdigital.es/cadiz/20090707/ciudadanos/llegada-cuarta-patera-reactiva-20090707.html>.

(19) LA VOZ DIGITAL, 23 de junio de 2009, <http://www.lavozdigital.es/cadiz/20090623/nacional/buen-tiempo-provoca-repunte-200906231153.html>.

(20) RTVE, 19 de mayo de 2009, <http://www.rtve.es/noticias/20090519/detenidos-menos-inmigrantes-dos-pateras-costa-granadina/277002.shtml>.

Ese sentimiento de inseguridad e invasión se acentúa cuando se usan expresiones como *«inmigrantes ilegales aprovechan»*, *«reactiva la ruta del Estrecho»*, *«repunte de la llegada de pateras»* o *«detenidos al menos 96 inmigrantes»*, en los cual el sentido es claro. Esta última expresión induce incluso a esa relación fatal inmigrante-delincuente.

La invasión resulta aún más palpable cuando se refieren a las Islas Canarias: **«El Gobierno cifra en casi 1.300 los inmigrantes ilegales en las Islas»**(21); **«860 inmigrantes han llegado a Canarias y Andalucía en las tres primeras semanas de agosto»**(22); **«Suma y sigue: Canarias recibe 177 indocumentados en 24 horas»**(23); **«Llegan a Tenerife 124 inmigrantes ilegales en dos cayucos»**(24); **«Interceptan barco con 237 inmigrantes que se dirigían a Canarias»**(25).

En todos estos casos se pierde el enfoque humanitario. No se transmite un mínimo sentimiento de empatía hacia la sociedad que haga ser consciente de la situación de extrema necesidad que en la mayoría de los casos empuja a una persona a arriesgar su vida con este tipo de travesías. Incluso cuando leemos titulares como **«Elevan a 48 los muertos por el naufragio del barco de inmigrantes en isla de Christmas»**(26); **«Se ahogan 20 personas tras ser obligadas a saltar de la embarcación por los traficantes»**(27); **«Mueren 47 inmigrantes ilegales que se dirigían a Italia»**(28); **«Al menos 150 inmigrantes ilegales mueren ahogados en la costa de Libia camino de Italia»**(29); **«Una mujer y su bebé mueren al naufragar un barco con inmigrantes ilegales»**(30), se nota esa falta de sensibilidad y de humanidad. El contenido de dichos artículos merece la misma conclusión. Ante estas situaciones se opta por deshumanizar al inmigrante, o lo que es peor aún, deshumanizar a la persona.

No obstante, la idea que se aprecia en todos estos artículos es la reiteración de la ilegalidad de las personas, a pesar de ser víctimas de situaciones extremas, víctimas de las mafias que trafican con personas y se lucran de ello, y víctimas de la misma muerte que los espera silenciosamente entre las aguas. No existe realmente una visión que cuestione los

---

(21) *EL MUNDO*, 23 de abril de 2010, <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/04/26/baleares/1272304304.html>.

(22) CADENA SER, 26 de agosto de 2007, <http://www.cadenaser.com/espana/articulo/860-inmigrantes-han-llegado-canarias-andalucia-primeras-semanas-agosto/csrcsrpor/20070826csrcsrnac_4/Tes>.

(23) *20 MINUTOS*, 16 de agosto de 2006, <http://www.20minutos.es/noticia/146992/41/cayuco/gomera/inmigrantes/>.

(24) *20 MINUTOS*, 27 de mayo de 2006, <http://www.20minutos.es/noticia/124444/l/tenerife/inmigrantes/indocumentados/>.

(25) *20 MINUTOS*, 4 de enero de 2006, <http://www.20minutos.es/noticia/79117/0/>.

(26) TELECINCO, 20 de diciembre de 2010, <http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/noticia/1428927/1428927>.

(27) CADENA SER, 2 de diciembre de 2008, <http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/ahogan-personas-ser-obligadas-saltar-embarcacion-traficantes/csrcsrpor/20081202csrcsrsoc_5/Tes>.

(28) *20 MINUTOS*, 1 de diciembre de 2008, <http://www.20minutos.es/noticia/377904/0/>.

(29) *EL MUNDO*, 17 de junio de 2008, <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/16/internacional/1213632664.html>.

(30) *EL MUNDO*, 19 de enero de 2008, <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/10/19/internacional/1224446756.html>.

motivos, consecuencias, soluciones y responsabilidades de esas entradas irregulares y de los efectos indeseados que ello produce.

Incluso cuando se intenta enfocar la situación de las entradas irregulares por medio de los convenios de readmisión, el trato de los medios de comunicación se centra igualmente en la ilegalidad de las personas. El objetivo principal es que estos «ilegales» dejen de llegar a nuestras costas: **«La UE dará más visados a Marruecos si readmite a los clandestinos»**(31); **«Gambia y Camerún aceptan identificar a los inmigrantes ilegales en España para su repatriación»**(32); **«Marruecos deporta más inmigrantes y busca nuevo pacto con España»**(33); **«El Gobierno reactiva convenio para repatriar ilegales a Marruecos»**(34). No nos encontramos ante la búsqueda de posibles soluciones que eviten la marcha de los inmigrantes de sus países en condiciones tan lamentables, sino que lo que realmente se busca es evitar que lleguen a nuestras costas con el fin de no crearnos molestias.

Pero donde más fuerza cobra la señalización de la persona inmigrante como ilegal fue con la publicación de la conocida como *«Directiva de la Vergüenza»*. En estos casos la ilegalización de inmigrantes fue un recurso constante en este tipo de noticias. Por un lado, observamos los documentos que anunciaban la noticia, cuyos contenidos se centraban en la ilegalidad como causa principal de la aprobación de la normativa:

> «El texto establece un período de salida voluntaria de los **indocumentados** de siete a treinta días. […] También se fija un período máximo de retención de seis meses, ampliables a 18 meses en casos excepcionales para los **indocumentados** que no cooperan o cuando hay problemas para obtener la documentación de países terceros. […] El mecanismo acordado sobre la asistencia jurídica entrará en vigor tres años después de la entrada en vigor. […] Otro elemento es que la Comisión Europea se comprometa a desbloquear dinero del Fondo de Retorno de **inmigrantes ilegales** para financiar esta asistencia jurídica en los países que lo requieran»(35).
>
> «Los Estados miembros han discutido durante un tiempo sobre el límite máximo de tiempo que los países tendrán para repatriar a los **inmigrantes ilegales**. Finalmente, los Veintisiete han dado el visto bueno al texto que establece un periodo de 18 meses. […] Rumí ha destacado que la nueva norma "pone unos mínimos donde no existían" y considera que los aspectos más discutidos en el Consejo durante las últimas semanas han quedado al final "bastante razonables"»(36).
>
> «La Unión Europea ha aprobado finalmente la nueva directiva sobre expulsión de **inmigrantes ilegales**, según la cual se endurecen las medidas contra los **"sin papeles"** del con-

(31) *EL MUNDO*, 12 de mayo de 2010, <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/05/12/union_europea/1273684305.html>.

(32) *20 MINUTOS*, 1 de junio de 2006, <http://www.20minutos.es/noticia/126078/l/>.

(33) *20 MINUTOS*, 12 de octubre de 2005, <http://www.20minutos.es/noticia/55730/l/>.

(34) *20 MINUTOS*, 5 de octubre de 2005, <http://www.20minutos.es/noticia/53784/0/>.

(35) CADENA SER, 5 de junio de 2008: «La UE aprueba que los inmigrantes puedan permanecer internados hasta 18 meses», <http://www.cadenaser.com/internacional/articulo/ue-aprueba-inmigrantes-puedan-permanecer-internados-meses/csrcsrpor/20080605csrcsrint_6/Tes>.

(36) TELECINCO, 5 de junio de 2008: «El consejo de ministros de la UE aprueba la directiva del retorno de inmigrantes ilegales», <http://www.telecinco.es/informativos/internacional/noticia/38433/El+consejo+de+ministros+de+la+UE+aprueba+la+directiva+del+retorno+de+inmigrantes+ilegales>.

> tinente. […] La medida fue duramente criticada por diversas asociaciones de inmigrantes y representantes de ONG que la consideran "desproporcionada". […] La principal medida adoptada en el nuevo texto es la ampliación del tiempo que pueden ser retenidos los **inmigrantes ilegales**, pasando hasta el año y medio. […] Se cierra así un proceso que ha durado más de dos años de arduas disputas entre los países miembros, especialmente en lo referente a la asistencia jurídica gratuita para los **indocumentados**, que se cerró concediendo a cada país la potestad de decidir en virtud a su legislación»[(37)].

No se habla de irregularidad de inmigrantes, sino de inmigrantes ilegales a los que se sanciona con una serie de medidas. Tampoco se profundiza en los aspectos negativos de dicha norma, y las críticas son escasas, sino que más bien se resaltan las mejoras con el fin de justificar su aprobación. Sea como fuere, es conocido por todos, y así lo evidencia su calificación como «Directiva de la Vergüenza», que esta norma deja mucho que desear. No obstante, si nos posicionamos desde la parte afecta, el contenido de la noticia varia bastante. Estos dos textos así lo evidencian:

> «Latinoamérica censuró el miércoles de forma unánime la directiva de retorno de **inmigrantes ilegales** aprobada por el Parlamento Europeo, que algunos gobiernos calificaron de "vergonzosa", porque viola el derecho a la libre circulación y equipara a los afectados con criminales. […] "Es una vergüenza lo que ha hecho Europa", denunció el presidente de Ecuador, Rafael Correa, […] "¿Qué habría pasado si América Latina hubiera adoptado esa directiva con los españoles que tuvieron que salir forzosamente de su país? ¿Se imaginan cuánto sufrimiento habría causado?" […] Hace algunos días, el presidente boliviano, Evo Morales, había bautizado el proyecto de la UE como la "directiva de la vergüenza" y planteó incluso la posibilidad de exigir visado a los europeos en reciprocidad […] El Senado de Uruguay, que también rechazó la norma comunitaria, anunció que llevará a las Naciones Unidas su repudio e invitó a los parlamentos y gobiernos latinoamericanos a "tomar las medidas correspondientes desde el punto de vista del derecho internacional". […] El documento del Senado uruguayo subraya que la decisión europea "constituye una violación a los derechos humanos básicos y en particular al derecho de libre circulación internacional"»[(38)].
>
> «Tras recordar que Brasil "acogió a millones de inmigrantes y descendientes hoy armoniosamente integrados a la sociedad", la Cancillería de ese país afirmó en un comunicado que el Gobierno "lamenta" la decisión del Parlamento Europeo. Según la nota, el proyecto aprobado "contribuye a crear una percepción negativa de la migración y va en el rumbo contrario al de una deseada reducción de trabas a la libre circulación de personas y de una convivencia más amplia y plena entre los pueblos". […] En el mismo sentido se pronunció la Cancillería paraguaya, que emitió un comunicado en el que expresó "su decepción por la medida". A su juicio, supone una "incongruencia con las intensas relaciones migratorias que los países de Europa y de América Latina han sabido desarrollar a lo largo de siglos de vinculación histórica". Por su parte, el Gobierno de Argentina recordó que emigrar "no es un delito" y "rechaza el uso de conceptos tales como migración legal e ilegal". […] Por otro

(37) *20 MINUTOS*, 5 de junio de 2008: «La Unión Europea aprueba el decreto de deportación de inmigrantes ilegales», <http://www.20minutos.es/noticia/386146/11/deportar/inmigrantes/europa/>.

(38) *20 MINUTOS*, 19 de junio de 2008: «Latinoamérica defiende a los inmigrantes ante la directiva de retorno de la UE», <http://www.20minutos.es/noticia/390806/17/latinoamerica/defensa/inmigrantes/>.

> lado, el vicecanciller de El Salvador, Eduardo Cálix, manifestó que los países centroamericanos buscarán, en el marco del Acuerdo de Asociación que negocian con la UE, un trato "preferencial" para sus inmigrantes, pese a la directiva»[39].

Vemos cómo, aunque también se habla de inmigrantes ilegales, el enfoque cambia radicalmente. Estamos ante una defensa a ultranza de estos inmigrantes en situación irregular que no buscan otra cosa que un futuro mejor. Se pretende combatir la intención implícita de la Directiva que criminaliza a estas personas y que se transmite a la sociedad como algo innato al fenómeno de la inmigración que hay que combatir. Inmigrante-delincuente e inmigrante-ser humano son, a fin de cuentas, las dos posturas mostradas.

Y esta situación empeora cuando se trata en profundidad el sentimiento criminalizador hacia el inmigrante. Se le identifica como un delincuente. Los medios de comunicación, en la expresión de ideas ajenas por regla general, aunque también de forma particular, colaboran con este tipo de criminalización de la persona inmigrante. Concretamente, de los documentos estudiados (48) sobresalen dos ejemplos claros relacionados con la criminalización de la inmigración: la polémica Ley de Inmigración aprobada en Arizona, Estados Unidos, y la concepción inmigración-delincuencia de Silvio Berlusconi y sus consecuencias.

Respecto al primero de los temas resulta necesario destacar que los medios de comunicación han sido claros a la hora de mostrar el contenido y sentido último de dicha reforma. De nuevo, en titulares como los que siguen a continuación, observamos un enfoque incorrecto del fenómeno migratorio: **«Arizona promulga la ley que criminaliza la inmigración ilegal a pesar de las protestas»**[40], o **«Arizona investigará a los "extranjeros sospechosos"»**[41].

Dentro de dichas noticias se recogen afirmaciones que identifican al inmigrante en situación irregular con un delincuente:

> «La gobernadora manifestó que la ley servirá para proteger a todos los residentes del estado, no sólo de la inmigración ilegal sino también de la actividad de los carteles de la droga que operan a través de la frontera con México. […] "Vamos a quitar las esposas que maniatan la ley y se las vamos a poner a los malos", aseguró»[42].
>
> «Brewer indicó que la nueva ley fortalecía a Arizona y mantendría al estado a salvo de los cárteles del narcotráfico y de otras amenazas. […] "Nos protege a todos, a cada ciudadano de Arizona y a todos los que estamos en nuestro estado legalmente, y lo hace mientras asegura que los derechos constitucionales de todos en Arizona permanezcan sólidos", […] "Es un gran día para la gente de Arizona porque una vez que sea implementada estaremos todos

(39) *EL MUNDO*, 19 de junio de 2008: «Latinoamérica rechaza la directiva de la UE sobre inmigración: "Es una vergüenza"», <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/06/19/internacional/1213835013.html>.

(40) NOTICIAS DE NAVARRA, 24 de abril de 2010, <http://www.noticiasdenavarra.com/2010/04/24/mundo/arizona-promulga-la-ley-que-criminaliza-la-inmigracion-ilegal-a-pesar-de-las-protestas>.

(41) LA SEXTA, 24 de abril de 2010, <http://www.lasextanoticias.com/noticias/ver/arizona_investigara_a_los__extranjeros_sospechosos/229421>.

(42) NOTICIAS DE NAVARRA, 24 de abril de 2010, <http://www.noticiasdenavarra.com/2010/04/24/mundo/arizona-promulga-la-ley-que-criminaliza-la-inmigracion-ilegal-a-pesar-de-las-protestas>.

> más seguros", dijo a Reuters el representante del estado John Kavanagh, un republicano que respaldó la iniciativa […]»[43].

Se ve claramente cómo la idea transmitida resulta más que evidente: hay que proteger al resto de ciudadanos de los «inmigrantes ilegales», a los que se relaciona con *«carteles de la droga»* y *«otras amenazas»*. Hay que proteger *«los derechos constitucionales»* de estos «inmigrantes ilegales». Con la nueva Ley que criminaliza a los inmigrantes en situación irregular *«estaremos todos más seguros»*. En conclusión, estos inmigrantes son *«los malos»*.

Este sentimiento hace que se extienda hacia otros lugares de Estados Unidos, pudiendo leerse titulares como **«Una patrulla neonazi sale a la caza del inmigrante ilegal en Arizona»**[44] y **«Una ciudad de Nebraska vota para prohibir alquilar casas a inmigrantes ilegales»**[45]. Pero su punto álgido ofrece toda su expresión en un artículo de opinión firmado por la periodista Michelle MALKIN[46], cuyo contenido dice cosas como:

> «Espero que Barack Obama le dé las gracias a Bush en nombre de su tía, una **inmigrante ilegal**. El presidente republicano saliente hizo un generoso —y peligroso— regalo al demócrata antes del día de las elecciones: anteponiendo la política a la seguridad nacional, Bush ordenó a las autoridades inmigratorias que paralizaran todos los trámites de deportación hasta que la campaña hubiese terminado. […] Onyango llegó a Estados Unidos en el 2000 con un visado temporal. Su petición de asilo fue rechazada cuatro años después. Así que decidió **violar la orden judicial** de volver a Kenya […] Las opciones de Onyango de quedarse en Estados Unidos —al igual que las de cientos de miles de **inmigrantes ilegales**— son elevadas. […] **se puede aprovechar de la tradicional práctica del Congreso de crear "leyes de ayuda especial"** para ciertos **inmigrantes ilegales** que eviten su deportación y les otorguen la ciudadanía estadounidense. […] **Algunos terroristas ya se han beneficiado de esta aplicación laxa de nuestras leyes contra la inmigración ilegal**: Ramzi Yousef, Gazi Ibrahim, Abu Mezer y Mir Aimal Kansi, pidieron el asilo **para evitar ser expulsados y así poder planear y ejecutar sus atentados desde dentro del país**. […] **La política antiinmigración posterior al 11 de septiembre de Bush se parece mucho a la de antes del 11 de septiembre**, y nada de esto va a cambiar con Obama»[47].

Resulta a toda luz injusto y peligroso relacionar inmigración y delincuencia, pero crear un vínculo con el terrorismo está fuera de cualquier concepción humana. La consideración

---

(43) LA SEXTA, 24 de abril de 2010, <http://www.lasextanoticias.com/noticias/ver/arizona_investigara_a_los__extranjeros_sospechosos/229421>.

(44) *EL MUNDO*, 18 de julio de 2010, <http://www.elmundo.es/america/2010/07/18/estados_unidos/1279484059.html>.

(45) *EL MUNDO*, 21 de junio de 2010, <http://www.elmundo.es/america/2010/06/21/estados_unidos/1277143760.html>.

(46) Michelle MALKIN (20/10/1970, Filadelfia) es una conocida periodista norteamericana de ideología conservadora, famosa por sus comentarios sobre política, cuya publicación puede leerse en blogs, periódicos y sitios web en todo Estado Unidos. Participa de manera asidua en televisión (Fox News Channel, MSNBC, C-SPAN), radio y otros programas nacionales.

(47) LIBERTAD DIGITAL, 10 de diciembre de 2010, «La tía de Obama», <http://www.libertaddigital.com/opinion/michelle-malkin/la-tia-inmigrante-ilegal-de-obama-46807/>.

inmigrante irregular (ilegal)-terrorista pervierte al inmigrante como ser humano y lo identifica no solo con el más vil de los asesinos, sino que une los acontecimientos sucedidos el 11 de septiembre de 2001 con su modo de entender el fenómeno de las migraciones.

El mismo peligro en esta concepción del inmigrante como un delincuente lo hemos encontrado en Italia, donde las últimas reforma realizadas en su día por Silvio Berlusconi, y su especial manera de entender la inmigración, identifican de manera clara inmigración y delincuencia. Por un lado, las reforma introducidas, como se dijo más arriba, criminaliza literalmente al inmigrante en situación irregular, y podemos leer en los medios titulares como **«La inmigración ilegal se convierte en delito en Italia»**(48); **«Italia aprueba la caza del ilegal»**(49); **«Primeras detenciones de inmigrantes con la ley que les convierte en "delincuentes"»**(50); **«Primeros arrestos en Italia nada más entrar en vigor la ley que penaliza la inmigración ilegal»**(51). Pero precisamente estos titulares proceden de la manera en la que el Primer Ministro italiano concibe la inmigración y sus supuestos efectos. Pocos meses después de *«su»* reforma, *il cavaliere* sorprendía con los siguientes titulares: **«Berlusconi cree que "a menos 'ilegales', menos criminalidad"»**(52); **«Berlusconi dice que con menos inmigrantes se reducirán las "fuerzas" criminales»**(53); **«Berlusconi cree que una reducción de inmigrantes ilegales reduciría la criminalidad»**(54). Sus afirmaciones no tienen desperdicio:

> «Silvio Berlusconi volvió a prender ayer la mecha de la polémica con unas controvertidas declaraciones en las que equiparaba a inmigrantes y delincuencia. […] el primer ministro aseguró que **"una disminución de los extracomunitarios significa menos fuerzas que van a engrosar las filas de las organizaciones criminales"** […] **Berlusconi ha destacado la importancia de la lucha contra la inmigración ilegal que llega a las costas de Europa**, al tiempo que ha pedido que la Unión Europea (UE) asuma parte de los costes que supone frenar este fenómeno. […]»(55).

De nuevo nos encontramos con el binomio inmigración-delincuencia, relación claramente peligrosa, más aún cuando derivan de una personalidad con un cargo tan importante. El mensaje es evidente: luchar contra la inmigración irregular es luchar contra la delincuencia.

---

(48) *LA RAZÓN,* 2 de julio de 2009, <http://www.larazon.es/noticia/la-inmigracion-ilegal-se-convierte-en-delito-en-italia>.

(49) *LA RAZÓN*, 14 de mayo de 2009, <http://www.larazon.es/noticia/italia-aprueba-la-caza-del-ilegal>.

(50) *20 MINUTOS*, 9 de agosto de 2009, <http://www.20minutos.es/noticia/494925/3/>.

(51) LA VOZ DIGITAL, 9 de agosto de 2009, <http://www.lavozdigital.es/cadiz/20090808/internacional/entra-vigor-italiana-penaliza-200908081720.html>.

(52) LA VOZ DIGITAL, 29 de enero de 2010, <http://www.lavozdigital.es/cadiz/20100129/mundo/berlusconi-cree-menos-ilegales-20100129.html>.

(53) *20 MINUTOS*, 28 de enero de 2010, <http://www.20minutos.es/noticia/617030/118/>.

(54) RTVE, 28 de enero de 2010, <http://www.rtve.es/noticias/20100128/berlusconi-cree-reduccion-inmigrantes-ilegales-reduciria-criminalidad/314786.shtml>.

(55) NOTICIAS DE NAVARRA, 24 de abril de 2010, <http://www.noticiasdenavarra.com/2010/04/24/mundo/arizona-promulga-la-ley-que-criminaliza-la-inmigracion-ilegal-a-pesar-de-las-protestas>.

Afortunadamente también hay palabras de ánimo en esos tiempo tan difíciles para los inmigrantes en situación irregular en Italia. El presidente de la República, Giorgio Napolitano, en contra de los derroteros tomados en su país afirmaba:

> «Napolitano hizo estas manifestaciones en su mensaje con motivo de la Fiesta Nacional, que se celebra mañana, 2 de Junio, en el que dijo que "no puede callar" su preocupación por el aumento de hechos **"que constituyen la negación de los principios y valores constitucionales"**. […] El Jefe del Estado manifestó que **son fenómenos de intolerancia y de violencia de cualquier tipo, "violencia contra la seguridad de los ciudadanos, de sus vidas y de sus bienes, intolerancia y violencia contra el extranjero, intolerancia y violencia política, intolerancia y rebeldía hacia las legítimas decisiones del Estado democráticos"**. […] El mandatario italiano pidió a todos los ciudadanos e instituciones «que comparten» su "preocupación" que **"paren cualquier riesgo de retroceso civil en esta Italia que tiene siempre viva sus más profundas tradiciones históricas y raíces humanistas"**. […] Las palabras de Napolitano, que fueron compartidas por toda la clase política, se produjeron el mismo día en el que unos 50.000 norteños asistieron en la localidad de Pontida (en la zona alpina) a la manifestación anual de la Liga Norte, el partido gubernamental de tintes racistas»(56).

Estos dos ejemplos, la Ley de Inmigración aprobada en Arizona y las afirmaciones y reformas introducidas por Silvio Berlusconi, demuestran que la concepción entre inmigración en general, inmigración irregular en particular, y delincuencia, se encuentra más asentada de lo que cabría desear. Resulta muy peligrosa esta relación que se ha ido creando con los años, y cuyo mayor exponente son los sentimientos xenófobos hacia las personas inmigrantes.

Ese sentimiento resulta manifiesto cuando examinamos titulares como **«El 67% de los españoles piensa que el número de extranjeros es elevado en España»**(57) o **«Casi la mitad de los franceses respalda las expulsiones de gitanos a sus países por parte del Gobierno»**(58). En estos casos no cabe duda de que las premisas inmigración y delincuencia terminan ahondando en la opinión pública con consecuencias como las descritas. De ahí a concepciones xenófobas y extremistas existe poca distancia. Un extracto del presente artículo de opinión así lo demuestra:

> «El país anda revolucionado ante la avalancha de **inmigrantes ilegales** que cada día arriba a nuestro suelo. […] Lo que sí puede y debe hacerse, no obstante, es acabar con el cinismo legal que rodea todo el asunto. Si un inmigrante viene a España y encuentra trabajo es porque el mercado y su juego de la oferta y la demanda se lo permiten. **Pero lo que no se debe permitir es que llevados por el buenísimo y el humanitarismo mal entendidos un**

(56) CADENA SER, 1 de junio de 2008, «Napolitano denuncia la intolerancia y advierte del riesgo de retroceso civil», <http://www.cadenaser.com/internacional/articulo/napolitano-denuncia-intolerancia-advierte-riesgo-retroceso-civil/csrcsrpor/20080601csrcsrint_12/Tes>.

(57) CADENA SER, 22 de noviembre de 2010, <http://www.cadenaser.com/economia/articulo/67-espanoles-piensa-numero-extranjeros-elevado-espana/csrcsrpor/20101122csrcsreco_6/Tes>.

(58) CADENA SER, 26 de agosto de 2010, <http://www.cadenaser.com/internacional/articulo/mitad-franceses-respalda-expulsiones-gitanos-paises-parte-gobierno/csrcsrpor/20100826csrcsrint_3/Tes>.

> **emigrante ilegal tenga más derechos de facto que uno legal o, incluso, que un español nativo**. […] El problema de la inmigración no tiene por qué ser un problema económico y si es un asunto de seguridad ciudadana es porque **la legislación actual favorece a la criminalidad extranjera**, que encuentra en España un marco más que permisivo. […] **Pero la inmigración sí plantea un problema real, el de la identidad nacional**. Desde luego es una exageración afirmar que todos los musulmanes son terroristas, **pero tampoco deja de ser cierto que si no tuviéramos bolsas musulmanas en nuestro suelo, el 11-M no habría sido posible**. […] Cuando ciertas prácticas religiosas, como el Islam, o actitudes nacionales, árabes y norteafricanas, impiden la plena integración, **es la identidad española lo que se pone en juego** si a sus descendientes, por ser nacidos en tierra de España, se las da gratuitamente nuestra nacionalidad. […] La economía exige inmigrantes. […]. **Pero España no necesita de españoles que no lo son más que en sus pasaportes de nuevo cuño. Ahí radica el problema. Los Mustafá, Mohamed, Amil y demás, aunque sean nacidos en Lavapiés, responden a otros parámetros de identidad y comportamiento**. […] De seguir actuando así por nuestra parte, acabaremos dominados cultural e identitariamente. Es cuestión de tiempo y de matemáticas»[(59)].

Sobra cualquier comentario…

Por otro lado, se inculca la idea de persecución, que tiene su plasmación también en rótulos como **«Albiol pide restringir los servicios sociales a inmigrantes sin papeles»**[(60)]; **«El PP de Cataluña propone restringir el padrón a los ilegales y cederlo a la Policía»**[(61)]; **«El Gobierno francés se escuda en la UE para aprobar la ley que facilita la expulsión de gitanos»**[(62)]. En todos estos casos, se persigue al inmigrante en situación irregular por ser tal. Se llega a des-personificar a la persona, se deshumaniza al ser humano. Los límites entre lo legal, lo justo y lo legítimo se pierden, y los inmigrantes corren el peligro de ser tratados, y de hecho lo son, como simples mercancías, materiales de consumo que usamos a nuestro antojo según necesidades utilitaristas.

Las consecuencias inmediatas de dichos comportamientos es la deshumanización vil de la persona inmígrate (**«Tailandia deportará a decenas de inmigrantes ilegales con discapacidad»**[(63)] o **«23 inmigrantes ilegales del "Marine I" siguen esperando una solución dos meses después»**[(64)]) y su humillación como ser humano (**«Polémica en EEUU por el éxito de un disfraz de "inmigrante ilegal"»**[(65)]; **«Un disfraz de inmigrante sin**

(59) LIBERTAD DIGITAL, 25 DE MAYO DE 2006, «El problema de la inmigración», <http://www.libertaddigital.com/opinion/gees/el-problema-de-la-inmigracion-31666/>.

(60) *ABC*, 31 de marzo de 2011, <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=755653>.

(61) *20 MINUTOS*, 10 de octubre de 2010, <http://www.20minutos.es/noticia/839369/14/pp/padron/ilegales/>.

(62) RTVE, 28 de septiembre de 2010, <http://www.rtve.es/noticias/20100928/gobierno-frances-se-escuda-ue-para-aprobar-ley-facilita-expulsion-gitanos/357498.shtml>.

(63) *EL MUNDO*, 13 de enero de 2010, <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/01/12/solidaridad/1263292448.html>.

(64) CADENA SER, 9 de abril de 2007, <http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/23-inmigrantes-ilegales-marine-i-siguen-esperando-solucion-meses-despues/csrcsrpor/20070409csrcsrsoc_2/Tes>.

(65) TELECINCO, 30 de octubre de 2009, <http://www.telecinco.es/informativos/curiosidades/noticia/100011057/>.

papeles para Halloween desata la polémica»(66); **«Nueva atracción turística: cruzar la frontera de EEUU haciéndose pasar por ilegal»**(67)). Pero ambos comportamientos no son solo perjudiciales para los propios inmigrantes, sino también para la sociedad que los asume como roles cotidianos, eliminando el carácter ofensivo de los mismos. Esto es sin duda lo más denigrante y vergonzoso de todo.

Incluso cuando se intenta humanizar y dignificar al inmigrante **(«Un empresario reparte 300 cenas de Nochebuena entre los inmigrantes ilegales de Lepe»**(68)), se cae en el error de hablar de inmigrantes ilegales. Nuevamente el uso incorrecto del lenguaje traiciona el buen sentido de la noticia.

B) Organismos internacionales: especial mención a la UE

Si bien el grueso de las referencias incorrectas dirigidas a los inmigrantes como ilegales se encuentran en su mayoría en los medios de comunicación, no es menos cierto que los Organismos Internacionales no se encuentran libres de culpa. La incorrección del lenguaje también les afecta, y en algunos casos de manera flagrante. No obstante, en estos casos las menciones realizadas revisten otras intenciones, otro sentido que disminuye el carácter criminalizador que en profundidad acabamos de exponer, salvo excepciones. Sin embargo, como dijéramos en un inicio, «la mujer del César no sólo debe ser honrada sino parecerlo».

En efecto, como expusimos en el análisis cuantitativo, son 49 los documentos referentes a entidades de esta índole que en su contenido hacen referencia a la ilegalidad de los inmigrantes. Entre estas entidades destacan Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y de manera especial la Unión Europea (UE).

Por lo que respecta al ACNUR, en su mayoría son notas de prensa emitidas por la Organización, en las cuales pueden leerse como titulares **«Malasia: cuarto día de medidas contra inmigrantes ilegales»**(69) o **«Mueren ahogados en aguas de Tánger 14 inmigrantes ilegales que se dirigían hacia España»**(70), además de referencia en Informes como el «Informe Anual sobre la Trata de Personas 2008», en cuyo contenido se afirma que **«funcionarios de gobierno consideraron a algunas de las víctimas adultas como inmigrantes ilegales y las deportaron sin hacer gestiones para determinar si eran víctimas de la trata»**(71). O el «Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas

(66) *ABC*, 30 de octubre de 2009, <http://www.abc.es/hemeroteca/historico-30-10-2009/abc/Internacional/un-disfraz-de-inmigrante-sin-papeles-para-halloween-desata-la-polemica_1131074200944.html>.

(67) *20 MINUTOS*, 28 de septiembre de 2006, <http://www.20minutos.es/noticia/157170/2/mexico/frontera/turistico/>.

(68) *EL MUNDO*, 27 de diciembre de 2010, <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/12/23/andalucia/1293126074.html>.

(69) ACNUR, 4 de marzo de 2005, <http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3358>.

(70) ACNUR, 13 de junio de 2005, <http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3700>.

(71) Informe Anual sobre la Trata de Personas 2008, p. 4. El Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6590.pdf>.

de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia acerca de la aplicación de las resoluciones 63/162 y 64/147», que expresa que **«Esto es tanto más importante cuanto que las víctimas del odio racial y la xenofobia suelen pertenecer a grupos marginados de la sociedad y pueden no saber dónde presentar una denuncia o ser renuentes a denunciar delitos a la policía, por falta de confianza o temor a represalias, sobre todo cuando se trata de inmigrantes ilegales»**(72).

Asimismo, la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi PILLAY, criticaba en 2009 **«las medidas adoptadas por algunos gobiernos para castigar a quienes ayuden a los inmigrantes ilegales»**(73).

De igual modo, la ONU en diversos Informes contiene expresiones tales como **«debe disminuir al máximo el número de inmigrantes ilegales»**(74)**, «Dicha Comisión planteó también la cuestión de los permisos de residencia humanitaria para inmigrantes ilegales víctimas de la esclavitud doméstica»**(75) o **«se estaba elaborando un censo de inmigrantes ilegales procedentes de China y de la India. […] El Gobierno tenía la intención de realizar progresivamente un censo de migrantes ilegales de otras nacionalidades»**(76).

No obstante, como se dijo anteriormente, existen otras intenciones más humanitarias. Así, podemos destacar, a pesar de considerar ilegales a los inmigrantes en situación irregular, su crítica abierta contra la *«Directiva de la Vergüenza»*, según la cual:

> «La Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos criticó hoy la decisión recién adoptada por el Parlamento Europeo que permitirá detener a los **inmigrantes ilegales** hasta un año y medio antes de deportarlos, y autorizará la expulsión de quienes sobrepasen los permisos de estadía. […] Louise Arbour urgió a los parlamentarios y a la opinión pública europeos a entender la necesidad de protección de las garantías fundamentales de las personas en situación de irregularidad en la arena migratoria. […] En este sentido, consideró que el mundo occidental ha fraccionado la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en dos grupos: los civiles y políticos, y los económicos y sociales. Al cumplirse 60 años de esta Declaración, continuó Arbour, es necesario reagrupar estos derechos y darles

(72) Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia acerca de la aplicación de las resoluciones 63/162 y 64/147, p. 5.

El Informe puede consultarse en el siguiente enlace <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8116>.

(73) ACNUR, 4 de junio de 2009, <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/pillay-considera-alarmante-situacion-de-civiles-en-conflictos/?L=gulnlxwoshxdx>.

(74) Documento *Poblaciones vulnerables a la luz de la Conferencia de Durban: casos de América Latina y el Caribe*, p. 15. El Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/27302/sps124_lcl2628.pdf>.

(75) Documento *Trata de mujeres y niñas - Informe del Secretario General,* p. 12.

El Informe puede consultarse en el siguiente enlace <http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/57/A_57_170_es.pdf>.

(76) Documento *Protección de los migrantes - Informe del Secretario General*, p. 14. El Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/58/A_58_121_es.pdf>.

> la misma protección a quienes huyen por persecuciones políticas o religiosas y a quienes tratan de escapar de una pobreza extrema, del hambre o de las enfermedades»[77].

La OEA también se pronuncia en los mismos términos, esto es, refiriéndose a los inmigrantes como ilegales pero actuando en defensa de los mismos. Así, pronunciándose sobre la *«Directiva de la Vergüenza»* se puede leer: **«Una vez más se aprueba en el mundo desarrollado una medida represiva en contra de los inmigrantes ilegales, que afecta directamente a muchos latinoamericanos»**[78], o **«se adoptan de manera unilateral medidas como la internación prolongada, que tratan como delincuentes a los inmigrantes ilegales, sin siquiera discutir ni negociar el tema con los gobiernos latinoamericanos»**[79].

Por su parte la OIM cae igualmente en el error de denominar al inmigrante en situación irregular como inmigrante ilegal. Frases como **«Muchos inmigrantes ilegales han recurrido a los servicios de los traficantes y necesitan formas especiales de protección»**[80]; **«La gestión de la migración requiere una serie de enfoques, incluyendo proporcionar asistencia para el retorno voluntario de inmigrantes ilegales»**[81]; o **«acerca de las realidades de la vida y el trabajo cuando se es un inmigrante ilegal en el exterior»**[82], han sido emitidas en el seno de la OIM.

Destaca el Informe «El trabajo decente y la economía informal»[83], donde se usa el término «inmigrante/s ilegal/es» hasta en nueve ocasiones.

La OIT muestra los mismos derroteros. Valga de simple muestra los siguientes ejemplos:

> «Según las estimaciones, el número de **inmigrantes ilegales** en la UE se sitúa entre dos y ocho millones»[84].

---

(77) ONU, 18 de junio de 2008, «Arbour critica nueva normativa migratoria de Unión Europea», <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=12756>.

(78) OEA, 19 de junio de 2008, «Insulza rechaza medidas europeas contra los inmigrantes», <http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-243/08>.

(79) OEA, 23 de junio de 2008, «Consejo Permanente de la OEA tratará tema de ley de expatriación aprobada por Parlamento Europeo», <https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-244/08>.

(80) Documento *Diseño de un programa para el retorno voluntario asistido*, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/managing-migration/managing-migration-return-migration/designing-programme-for-assisted-voluntary-return/lang/es>.

(81) Documento *Migración de Retorno*, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/managing-migration/managing-migration-return-migration/lang/es>.

(82) Documento *Aumentar la concienciación sobre la migración irregular*, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/media/press-briefing-notes/pbnAS/cache/offonce/lang/es?entryId=10974>.

(83) Informe *El trabajo decente y la economía informal*. El Informe puede consultarse en el siguiente enlace <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/---reloff/documents/meetingdocument/wcms_078894.pdf>.

(84) Documento *Logros concretos relativos al trabajo decente en Europa y Asia Central*, p. 42. El Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.ilo.org/public/english/region/eurpro/geneva/download/events/lisbon2009/dgreport12_sp.pdf>.

> «En España, los centros turísticos costeros emplean un gran número de **inmigrantes ilegales**»[85].
>
> «En las zonas urbanas, la mayoría de las víctimas del trabajo forzoso son **inmigrantes ilegales** (en su mayoría procedentes de Bolivia) cuyos documentos de identidad son retenidos por los propietarios de los talleres clandestinos en Sao Paulo»[86].
>
> «¿Son considerados primero como víctimas o como **inmigrantes ilegales**?»[87].

Especial relevancia reviste la UE. Y esa especialidad recae debido al lugar esencial que ostenta, por un lado, al marcar los principios rectores de las políticas migratorias tanto para la propia Unión como para sus Estados miembros. En segundo lugar, debido a que en su seno nacen normas importantes que afectan a los inmigrantes que se encuentran en el territorio de los Estados miembros. Por estos dos motivos, resulta cuanto menos vergonzoso que la UE use el concepto inmigrante ilegal en sus documentos para referirse al inmigrante en situación irregular. Resulta impropio de una entidad como la UE usar términos que criminalizan de forma evidente a las personas inmigrantes, y que sin ningún tipo de tapujos campan a sus anchas por los textos oficiales de la Unión.

En efecto, de los documentos estudiados, 18 de ellos hacen referencia a la UE o a distintos órganos integradores de la propia Unión. En total se han detectado 54 alusiones a conceptos que ilegalizan a las personas inmigrantes. Debido a la abundancia de los mismos no resulta preceptivo ni necesario el enumerarlos, destacando si cabe los documentos con mayor transcendencia afectados por estas incorrecciones.

En primer lugar, el ***Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales***[88], de 10 de abril de 2002, que ya en el propio título yerra al considerar a ciertos residentes como ilegales. Sobradamente conocida es la importancia de este documento, lo que hace que el uso de este término resulte a todas luces inapropiado. Durante toda su extensión el concepto de ilegales se repite hasta en veintiuna ocasiones, nada más y nada menos. Las palabras sobran en este momento.

En segundo lugar destaca también, el documento emitido igualmente por la Comisión Europea el día 17 de mayo de 2007, y titulado ***Hacia una política de migración europea global: lucha contra el empleo de inmigrantes ilegales y fomento de la migración circular y las asociaciones para la movilidad***[89], repite reiteradamente el calificativo de ilegal para referirse a la persona inmigrante. Un total de ocho veces para ser exacto, y todo ello en un texto de no más de dos páginas de extensión.

---

(85) Documento *El desarrollo de los recursos humanos, el empleo y la mundialización en el sector de la hotelería, la restauración y el turismo,* <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/techmeet/tmhct01/tmhctr2.htm>.

(86) Documento *Lucha contra el trabajo forzoso en Brasil,* <http://www.ilo.org/sapfl/Projects/lang--es/WCMS_091477/index.htm>.

(87) Documento *MINI GUÍA DE ACCIÓN — TRABAJO FORZOSO,* p. 32. El Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_116681.pdf>.

(88) Este documento puede consultarse en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0175:ES:HTML>.

(89) Este documento puede consultarse en el siguiente enlace <http://ec.europa.eu/spain/pdf/07.05.16_migracion_es.pdf>.

Le sigue por importancia la ya citada holgadamente **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**(90), más conocida como *«Directiva de la Vergüenza»*. Quizás la norma más controvertida que haya sido aprobada en el seno de la UE, su contenido en sí ya resulta ofensivo para los Derechos Humanos de los inmigrantes. Además de ello, su sentido criminalizador ha sido claramente expuesto a través de los documentos estudiados. A pesar de todo ello, la Directiva en su artículo 12.3, dispone que **«Los Estados miembros facilitarán folletos informativos generales en los que se explicarán los principales elementos del formulario tipo en al menos cinco de las lenguas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los inmigrantes ilegales que llegan al Estado miembro de que se trate»**.

Por último, mencionar el documento ***Una oportunidad y un desafío - La migración en la Unión Europea***(91), publicado en 2009, y cuya extensión en el uso de la ilegalidad de las personas resulta también excesivo. Hasta en 15 ocasiones los inmigrantes en situación irregular son calificados como «inmigrantes ilegales». La incorrección de conceptos deja mucho que desear.

Es todos estos documentos y en los no citados destaca la idea de que la UE conoce muy bien los conceptos que utiliza para referirse a los inmigrantes. Como dijimos con anterioridad, no estamos ante simples casualidades y las pautas marcadas en los años transcurridos se van a mantener para los próximos. No cabe la menor duda.

C) Organismos nacionales

Dentro de este grupo de entidades destaca especialmente una de ellas por el uso excesivo, cotidiano e inmutable de la ilegalización del inmigrante: el Ministerio del Interior (MIR).

Así es, como ocurriera con la UE, en ocho documentos estudiados y emitidos por el MIR, todos ellos notas de prensa del propio Ministerio, se hacen un total de 34 menciones a la ilegalidad del inmigrante. Es de destacar también que dichas notas de prensa hacen referencia por regla general a actos delictivos en los que se implica al inmigrante ilegal como a posible delincuente o implicado (**«La Policía desarticula en Madrid una red de falsificadores de pasaportes y documentos de viaje integrada por ciudadanos colombianos»**(92); **«La Policía desarticula una internacional dedicada a la falsificación de documentos e inmigración ilegal entre Colombia, España y Reino Unido»**(93); **«La Policía desarticula en la Costa del Sol una red nigeriana dedicada a la falsificación de documentos, prostitución y tráfico de estupefacientes»**(94); **«La Policía desarticula una**

(90) Este documento puede consultarse en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:01:ES:HTML>.

(91) Este documento puede consultarse en el siguiente enlace <http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/81/es.pdf>.

(92) MIR, 30 de noviembre de 2001, <http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Policia/2001/np113001.htm>.

(93) MIR, 7 de mayo de 2002, <http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Policia/2002/np050702.htm>.

(94) MIR, 2 de marzo de 2004, <http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Policia/2004/np030203.htm>.

organización internacional dedicada a la falsificación de documentos e inmigración ilegal»[95]). De esta forma, en dichas notas de prensa se menciona hasta en nueve ocasiones el concepto ilegal referido a inmigrantes.

Otros aspectos tratados por el MIR son la entrada irregular de inmigrantes (**«La policía detiene al "patrón" de la patera que el lunes llegó a Tarifa con 49 inmigrantes ilegales»**[96]; **«La llegada de inmigrantes ilegales a las costas españolas disminuye más del 80% en una década y en Canarias se sitúa en niveles similares a los de 1997»**[97]; **«Se consolida el descenso del cruce ilegal de fronteras de la UE con un 42% menos de entradas en el primer semestre de 2010»**[98]) o la inseguridad ciudadana (**«Contestación de Mariano Rajoy Brey a la interpelación sobre medidas que piensa adoptar el Gobierno para atajar el crecimiento de la inseguridad ciudadana»**[99]), que, volvemos a reiterar, resulta peligroso relacionar inmigración y delincuencia. En este sentido, se afirma: **«la franja de edad de la mayoría de la población inmigrante ilegal (de 16 a 30 años), coincide con las edades de mayor riesgo delictivo desde el punto de vista estadístico»**, lo que corrobora la vinculación inmigración y delincuencia peligrosamente. **«Inmigrante ilegal»** y **«riesgo delictivo»**, hablan por sí solos.

En estos casos el calificativo de ilegalidad asciende hasta las veinticinco ocasiones.

Finalmente, resulta asimismo curioso que los documentos estudiados pertenezcan a periodos en los que han gobernado los dos grandes partidos políticos (cuatro bajo gobierno del Partido Popular —2001, 2002, 2002 y 2004— y otros cuatro con el mandato del Partido Socialista Obrero Español —2004, 2005, 2010 y 2011—), lo que nos lleva a concluir que el concepto de ilegalidad no entiende de ideologías políticas, padeciendo el inmigrante la pena de ser criminalizado bajo ambas ideologías.

Vemos, por tanto, que para el Ministerio del Interior el uso de este calificativo, sea cual sea el partido político que gobierne, resulta algo cotidiano. Y si el PSOE usa dicho concepto actualmente a través del Ministerio del Interior, el PP no es menos, y se le pueden atribuir en los últimos años al menos dos afirmaciones de este calibre:

> «El diputado popular subrayó que la situación de los inmigrantes "es peor cada día", mientras el Ejecutivo "está empeñado en la propaganda". […] "Sigue siendo el coladero de Europa de la inmigración ilegal. **Es imposible frenarla porque los inmigrantes ilegales que llegan saben que al final el gobierno les va a regularizar**", dijo Hernando quien indicó que mientras que en 2004 había 1.700.000 permisos de trabajo en nuestro país, ahora hay 4.500.000…»[100].

---

(95) MIR, 18 de mayo de 2004, <http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Policia/2004/np051801.htm>.

(96) MIR, 16 de junio de 2005, <http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Policia/2005/np061605.htm>.

(97) MIR, 18 de enero de 2011, <http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ministerio_Interior/2011/np011805.html>.

(98) MIR, 21 de julio de 2010, <http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Policia/2010/np072104.html>.

(99) MIR, 20 de marzo de 2002, <http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ministerio_Interior/2002/np032003.htm>.

(100) PP, 17 de junio de 2009, <http://www.pp.es/actualidad-noticia/gobierno-ha-convertido-espana-record-inmigracion-ilegal-paro-fracaso-expulsiones_825.html>.

«José Luis Rodríguez Zapatero, "está escondiendo hasta después de las elecciones catalanas un reglamento de extranjería que será" un colador para regularizar inmigrantes ilegales»[(101)].

IV. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta el momento y de los documentos estudiados, de acuerdo con las premisas mantenidas cabe finalizar realizando las siguientes conclusiones:

— El uso de términos como «ilegales» o «inmigrantes ilegales» criminaliza a toda persona inmigrante por el simple hecho de recibir esa calificación. El uso de ese concepto en detrimento del de irregularidad estigmatiza al inmigrante.

— El uso de este término también humilla y deshumaniza al inmigrante, degradándolo a una categoría en la que no se le ve como persona.

— El mal uso del lenguaje está provocando que la sociedad y la opinión pública identifiquen cada vez con mayor facilidad el binomio inmigración y delincuencia, especialmente si hablamos de inmigrantes en situación irregular. En este punto tienen una gran responsabilidad los medios de comunicación y los poderes públicos, que con sus distintas formas de concebir el fenómeno de la inmigración influyen en la opinión colectiva, especialmente con aspectos negativos. Resulta por tanto imprescindible el adquirir los hábitos adecuados y el uso del lenguaje correcto cuando tratamos temas referentes a las migraciones.

— Es responsabilidad de todos romper con los estereotipos que se vienen imponiendo desde hace tiempo y que vinculan claramente al mal llamado inmigrante «ilegal» con el crimen y la delincuencia. Estos pueden fomentar comportamientos peligrosamente xenófobos. Es un deber denunciar esos estereotipos y a aquellos que los promueven y los defienden. Para ello resulta imprescindible partir de un enfoque crítico, objetivo e independiente.

V. FUENTES CONSULTADAS

CHUECA SANCHO, Ángel G.: «Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, julio de 2005, pp. 45-63.

VI. DOCUMENTOS OBJETO DEL ESTUDIO: ANEXO I

El contenido de este Anexo puede consultarse en la versión online de esta revista, en <http://portaljuridico.lexnova.es/revistas-doctrinales>.

(101) PP-CATALUÑA, 4 de noviembre de 2010, <http://www.ppcatalunya.com/sanchez-camacho-advierte-que-zapatero-esconde-un-reglamento-de-extranjeria-que-sera-un-colador-para-regularizar-inmigrantes/>.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Asilo: solicitante nacional de Argelia. Denegación de solicitud: la recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y acosada por aquel ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección; no existe persecución protegible.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **19 de septiembre de 2011**

Recurso de Casación: **4293/2010**

Ponente: **D. Pedro José Yagüe Gil**

Voz: **Denegación de asilo: malos tratos. Nacional de Argelia**

La ahora recurrente en casación solicitó asilo en España en la Jefatura Superior de Policía de Melilla en febrero de 2007, acompañada de su hija menor. Manifestó estar divorciada. Alegó como motivo de su salida «su situación de mujer maltratada en su país», y habiendo sido requerida para aportar datos sobre la persecución sufrida, manifestó lo siguiente:

«Que es natural de la Comuna de Boutilis, perteneciente a Orán, donde vivía con sus padres, hermanos e hija, trabajando como peluquera. En el año 2001 se casó con un gendarme y se fue a vivir a una residencia militar llamada (...), con el que sufría desde el primer momento malos tratos, le golpeaba y le echa a la calle e incluso le quemaba, aprovechándose de su posición laboral y al que su familia temía mucho. Cuando le agredía tenía que acudir a un compañero suyo para tranquilizarle, su marido tomaba alcohol y drogas y llegaba a agredir incluso a su madre. A los dos meses del matrimonio se quedó embarazada con la esperanza de que eso cambiaría la actitud de su marido y fue todo lo contrario, ya tenía la solicitante que irse de casa y acudir a sus padres, y su marido la sacaba por la fuerza. En el año 2002 nació su hija y a ella la encerró gastándose todo el dinero en mujeres y drogas, le daba palizas hasta que su jefe le sacó de casa y le aconsejó que si seguía con su marido la mataría, fue cuando se fue a casa de sus padres y denunció los hechos, teniendo que esperar un año y medio para el juicio, condenando a su marido a la expulsión del cuerpo de la gendarmería y a dos meses de prisión con trabajos forzados, además de a cinco años de prisión condicional. Después de cumplir su condena iba todos los días a casa de sus padres y a la peluquería donde trabajaba para amenazarla, por lo que decidió volver a denunciar no siéndole aceptada por carecer de pruebas y ante el temor de salir sola de su casa y que tenía que ir siempre acompañada de su padre o su hermano, hasta que llegó el momento en el que decide viajar a Melilla para solicitar protección». Consta asimismo un relato de persecución expuesto por la solicitante en primera persona, del siguiente tenor:

«Mi nombre es Isabel, tengo treinta años. He nacido en la Comuna de Boutlilis, que per-

tenece a la provincia de Orán. Vivía con mis padres, mis hermanos y mi hija, Trabajaba como peluquera. En 2001 me casé con un gendarme. Fui a vivir con él a un barrio militar llamado (...) Desde nuestro primer día sufría malos tratos. Me golpeaba, me echaba a la calle y me quemaba. El abusaba de mí aprovechándose de su puesto de trabajo. Y, por otro lado, mi familia le temía mucho. Mi padre tiene 75 años. Es un hombre muy mayor. Cuando mi marido me pegaba venía un compañero de él y lo sacaba de la casa para tranquilizarle. Mi marido tomaba alcohol y drogas. A veces incluso pegaba a su madre. A los dos meses de casarme me quedé embarazada. En ese momento creí que con el embarazo cambiaría su actitud. Pero no fue así. Todo ocurrió al contrario. Más de una vez tuve que ir a casa de mis padres, pero llegaba mi marido y me sacaba por la fuerza. En 2002 nació mi hija. Mi marido tampoco cambió su comportamiento. Por esa fecha pasaba más tiempo en casa de sus padres que en la mía. Luego me encerró. Todo el dinero que ganaba lo gastaba en mujeres y drogas. También era maltratada mi hija. En 2003 me dio una paliza. Vino su jefe y me sacó de casa. Y él me dijo que si seguía allí mi marido acabaría con mi vida. Entonces cogí un taxi que llevó hasta Boutlilis, donde viven mis padres. Al pasar tres días puse una denuncia. Esperé un año y medio para que me dieran la sentencia. En 2005 obtuve la sentencia que condenaba a mi marido a la pena de dos meses de prisión y trabajos forzados, y cinco años de prisión condicional. Además le expulsaron del Cuerpo de la Gendarmería. Cuando cumplió su condena salió en libertad. Me buscaba por todos los sitios. Fue también a casa de mis padres y a la peluquería donde trabajaba.

Me insultaba delante de la gente y me amenazaba de muerte. Yo no tenía nada que demostrase el acoso a que estaba siendo sometida. Por ello acudí al Tribunal Militar para denunciar mi situación. Allí me dijeron que no tenía pruebas que apoyaran mi argumento. Estaba aterrada. No podía salir de casa sola. Siempre iba acompañada por mi padre o mi hermano. Hasta que llegó el momento en que decidí que ya no podía más. Abandoné Argelia para venir a Melilla para solicitar la protección necesaria».

(...)

En este contexto hemos de analizar los problemas planteados en la presente solicitud.

— La solicitante se casa en el año 2001 e inmediatamente comenzó a sufrir malos tratos por parte de su marido.

  Pero se considera que la solicitante no se encontraba en una situación de extrema vulnerabilidad e indefensión, pues de hecho contaba con la ayuda y la defensa de un compañero de su marido.

— Tampoco le ocurría lo que le sucede a muchas mujeres argelinas: que cuando intentar huir del hogar conyugal se encuentran con que su familia no las apoya, las rechazan y le obligan a volver con su marido. No es este el caso de la solicitante, quien no solo no alega esto, sino que en un momento dado afirma que «en aquella época pasaba mas tiempo en casa de mis padres que en la mía».

— También es importante tener en cuenta que la solicitante tiene una profesión (peluquera), que retoma al separarse de su marido. Esto es muy importante porque a veces la dependencia económica obliga a las mujeres a someterse a un marido indeseado, lo cual no es el caso.

— Continuando con la protección con que contaba la solicitante, incluso el jefe de su marido la protege y es al fin el que le aconseja separarse de él.

Tenemos por tanto que el contexto familiar o social era propicio a la solicitante, lo cual es muy importante en casos como el presente porque muchas veces, como decíamos, las mujeres se encuentran con la incomprensión de sus familias y su entorno, que se convierten en aliados del marido maltratador.

En cuanto al contexto legal ya hemos señalado que aunque el divorcio se produce estando aún vigente el antiguo Código de Familia los términos de la separación marital son sumamente beneficiosos para la solicitante. Y además las autoridades siguen protegiéndola cuando su marido no le paga la pensión. Y también lo castigan, por la vía penal, por los malos tratos.

La solicitante afirma que después del divorcio y de que su marido cumpliera la pena impuesta seguía amenazándola. Incluso dice que «iba todos los días» a casa de sus padres y a la peluquería. Según se observa en uno de los documentos por los que el ex marido de la solicitante es requerido para el pago de pensión, en el año 2005 éste estaba destinado primero en El Hinaya y más tarde en EI Rabahiya, sección de Saida. Ambas localidades se encuentran muy alejadas (...) de donde vivía la solicitante, en Boutlelis, al suroeste de Orán, por lo que parece imposible que el marido fuera «todos los días» a amenazarla.

En este contexto, y teniendo en cuenta las alegaciones y el perfil de la solicitante, se considera que su situación en su país de origen no es tal, ni se encuentra tan desprotegida y desamparada como para considerarla tributaria de la protección solicitada.

Asilo: solicitante nacional de Togo; denegación por falta de acreditación de la situación de persecución y la vaguedad e imprecisión del relato. Expediente: tramitación; información suficiente sobre la posibilidad de asistencia jurídica gratuita; la práctica de entrevista del solicitante con el instructor en el curso del expediente no era preceptiva y el hecho de que no se practicase no supuso indefensión ya que hizo uso del trámite de audiencia y presentó las alegaciones oportunas, sin que fuera necesario repetir dicho trámite; existencia de propuesta de resolución motivada de la CEAR.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **29 de septiembre de 2011**

Recurso de Casación: **5327/2010**

Ponente: **Dña. María Isabel Perelló Domenech**

Voz: **Denegación de asilo: nacional de Togo. Asistencia jurídica gratuita**

El ahora recurrente en casación solicitó asilo en España el día 27 de octubre de 2005 en la Jefatura Superior de Policía del País Vasco. En diligencia del instructor de la misma fecha se le informó, en presencia de un intérprete, de, entre otros, su derecho a la «asistencia de Abogado, que se proporcionará gratuitamente por el Estado español cuando se carezca de recursos económicos suficientes»; obrando asimismo en el expediente otra diligencia, extendida en idioma francés («demarche d'assistances sollicitées») y asimismo firmada por el solicitante, en la que se dejaba constancia de la información sobre su derecho a solicitar la asistencia de abogado, incluso gratuito en caso de carencia de medios, y su contestación de que no deseaba hacer uso de tal facultad. A la pregunta de si pertenecía a algún grupo étnico, partido político u otro tipo de organización, contestó que pertenecía a los «testigos de Jehová» y a la etnia mina, no diciendo pertenecer a ningún otro grupo. Requerido a continuación para aportar datos sobre la persecución sufrida, el funcionario actuante recogió su respuesta en los siguientes términos:

«El solicitante se refiere a la guerra habida en su país a partir de febrero de 2005. En su familia sufrieron la muerte de un hermano y una hermana de su padre al entrar los militares en su casa. Al parecer la causa del asalto a su domicilio era la pertenencia al RDC del hermano del padre del solicitante. Desde entonces la situación era de violencia continua, que se refleja en los medios de comunicación y en la calle. Ante esta situación de inseguridad y a la vista de que también su padre y el resto de la familia podían correr la misma suerte que sus tíos el solicitante toma la decisión de salir de su país».

(...)

«Me llamo Diego, nací en Lome (Commune), Togo, el día 20 de julio de 1983, mi padre se llama D. Marcelino y mi madre D.ª Petra, mi padre es agricultor y mi madre comerciante, tengo ocho hermanos que residían en la actualidad en

Togo con mis padres y yo abandoné el país en junio de 2005 a consecuencia de la guerra. Realicé mis estudios primarios y trabajaba como pintor. Con esta guerra nos hemos sentido amenazados y en peligro, en febrero de 2005 los militares entraron en nuestra residencia, nos golpearon y hubo numerosos heridos. Todos los días en los periódicos podíamos leer que había numerosos muertos por todo el país, los policías y los militares bloquearon todas las fronteras para que la gente no huyera de la guerra, pero yo junto con otra gente conseguimos huir del país. La guerra en Togo se declaró en el momento de la muerte del Presidente del país Eyadema Gnassigbe y en el momento que su hijo Ford Gnassigbe se alzó con el poder por la fuerza. Se han celebrado elecciones presidenciales, pero las mismas han sido un fraude, y en la actualidad se encuentra en el poder Ford Gnassigbe, en la actualidad todavía existe la ocupación por la guerra».

(…)

Consta también en el expediente que mediante fax remitido el día 11 de noviembre de 2005 (del que en el reporte de transmisión figura la expresión «ok») se comunicó al ACNUR la presentación de la petición de asilo del hoy recurrente.

No constando más trámites en el expediente, con fecha 6 de abril de 2009 el instructor del expediente emitió propuesta desfavorable a la concesión del asilo, por las siguientes razones:

«Una vez analizadas las alegaciones formuladas por el interesado en el momento de la petición y las recogidas en el informe de CEAR (y obviamente manifestadas por él mismo), esta Instrucción ha podido detectar diversas contradicciones que cuestionan la veracidad de la persecución alegada.

Así, cuando formuló la petición de asilo, el solicitante manifestó que debido a la guerra que había en su país, en febrero de 2005 los militares entraron en su casa y mataron a un hermano y a una hermana de su padre. La causa del asalto a su domicilio fue la pertenencia al RDC de su tío.

Desde ese momento, la situación de violencia continuó, tal como se reflejó en los medios de comunicación y en la calle. Ante esta situación de inseguridad y a la vista de que también su padre y el resto de la familia podían correr la misma suerte que sus tíos, tomó la decisión de salir de su país. Sin embargo, en el escrito de CEAR, no se hace ninguna referencia a la muerte de los tíos del solicitante ni a partido político alguno, sino que se alude a numerosos heridos en el ataque a la residencia del interesado.

Además, el relato del solicitante contradice hechos probados en la información disponible sobre el país de origen, por lo que puede razonablemente dudarse de la veracidad de la persecución alegada, sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

(…)

Por otra parte, los principales hechos constitutivos de la persecución alegada han perdido toda vigencia actual, pues en su país de origen se han producido cambios fundamentales que atañen directamente a los mismos, de tal manera que puede afirmarse que la persecución alegada o el temor manifestado carecen de fundamento en las actuales circunstancias.

De hecho, en 2006 el gobierno togolés y la oposición firmaron un acuerdo que puso fin a la crisis política derivada de la muerte del presidente Eyadema y el violento proceso electoral posterior. Las elecciones de 2007 fueron calificadas de libres y justas por los observadores internacionales.

En definitiva, el solicitante basa su petición en la situación general de inestabilidad de su país de origen, sin que del contenido del expediente se deduzca que haya sido objeto de una persecución personal como consecuencia de dicha situación ni que la misma justifique un temor fundado a sufrirla.

En lo concerniente al elemento probatorio aportado por el interesado en apoyo de sus alegaciones, copia de su documento de identidad, no puede considerarse prueba o indicio de la persecución alegada, ya que acredita sólo circunstancias personales que no determinan necesariamente la existencia de persecución».

En conclusión, la Instrucción emite un criterio desfavorable con relación a esta solicitud,

dado que no se ha logrado dejar establecida la verdadera existencia de una persecución por alguno de tos motivos señalados en la Convención de Ginebra de 1951.

(…)

Los principales hechos constitutivos de la persecución alegada por el solicitante han perdido toda vigencia actual, pues en su país de origen se han producido cambios fundamentales que atañen directamente a los problemas alegados por el solicitante, de tal manera que puede afirmarse que la persecución alegada o el temor manifestado carecen de fundamento en las actuales circunstancias.

El relato en que basa su solicitud resulta contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de dicha persecución, y contradice hechos y circunstancias suficientemente acreditados según la información disponible de 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 desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Los elementos probatorios aportados en apoyo de sus alegaciones no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución alegada, ya que, o bien se refieren a hechos que no ha establecido suficientemente en el relato de la-persecución alegada, o bien acreditan solo circunstancias personales que en sí mismas y según la información disponible no determinan la existencia de persecución ni justifican un temor fundado a sufrirla.

(…)

Como antes hemos apuntado, al reseñar la tramitación del expediente administrativo aquí concernido, el recurrente, que al pedir asilo dijo hablar francés, dispuso desde el primer momento de asistencia de intérprete en esa lengua, y fue informado de manera adecuada y comprensible sobre la posibilidad de ser asistido gratuitamente por un abogado. Así, en la diligencia de información de derechos y deberes obrante en el expediente, figura que se le informó, en presencia de un intérprete (consta el nombre y firma del mismo), de, entre otros, su derecho a la «asistencia de abogado, que se proporcionará gratuitamente por el Estado español cuando se carezca de recursos económicos suficientes». Y junto a la diligencia informando de este derecho, aparece el adverbio negativo «No», lo cual ha de interpretarse, como correctamente valoró la Sala *a quo*, como la renuncia del solicitante a la asistencia del letrado.

A continuación, y como consecuencia de dicha comunicación, efectuada en presencia del intérprete, y en la que se renunció a la asistencia de abogado, obra al folio 1.3 del expediente una diligencia en la que el instructor del expediente hace constar una relación de las asistencias solicitadas y renunciadas por el solicitante de asilo, precisándose que el Sr. Marcelino había solicitado la asistencia de traductor y la entrega de folleto informativo —que le fue proporcionado en francés, lengua que, insistimos, dijo conocer— y que, por el contrario, no había solicitado la asistencia de abogado ni de médico. Es cierto, como alega el recurrente en casación, que en esta última diligencia no aparece la firma del intérprete, sino únicamente la del solicitante de asilo y la del instructor del expediente, pero ello se explica fácilmente por el hecho de que no estamos en este último caso ante la diligencia informativa de derechos y deberes previamente efectuada (y, reiteramos, con presencia de intérprete), sino ante una simple diligencia de constancia efectuada por el instructor del expediente, en la que se resumen las asistencias solicitadas o renunciadas por el interesado, razón por la que la falta de firma del intérprete en este último caso, no produjo indefensión alguna al solicitante de asilo. Más aún, en la página 13 del formulario de solicitud de asilo consta una declaración del intérprete, firmada por este, en al que afirma que «he traducido completa y fielmente las preguntas y respuestas contenidas en esta solicitud de asilo así como los documentos anexos a ella, y que el solicitante ha asegurado comprender los contenidos».

Lo anteriormente expuesto basta para constatar sin margen para la duda que el recurrente fue cumplidamente informado de la posibilidad de disponer de asistencia jurídica gratuita, a la que libremente renunció porque así lo conside-

ró oportuno, por lo que este motivo no puede prosperar (no es ocioso añadir que además el recurrente no actuó en el expediente huérfano de asistencia jurídica, al contrario, en un escrito de alegaciones presentado el 27 de octubre de 2005 —que por su forma de elaboración y contenido tuvo que ser escrito, con toda evidencia, con asistencia técnico-jurídica—, el mismo solicitante y ahora recurrente manifestó, al tercer otrosí digo, que designaba como representantes suyos a efectos de la práctica de cualesquiera diligencias en Madrid, a los abogados del la CEAR).

Asilo: solicitante nacional de Uzkebistán. Denegación de solicitud: falta de acreditación, ni siquiera indiciaria, de la existencia de temores fundados de persecución por razones de carácter político contra el recurrente; la mera declaración de haber sido perseguido y encarcelado por las autoridades policiales no acredita que haya sufrido persecución en el país de origen.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **29 de septiembre de 2011**

Recurso de Casación: **1623/2009**

Ponente: **D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat**

Voz: **Denegación de asilo: nacional de Uzkebistán. Ausencia de persecución**

El solicitante pidió asilo en Alemania en el año 1999, afirma que se cometieron muchas irregularidades: en el aeropuerto no tuvo abogado y a la semana lo querían deportar a Uzbekistan aunque finalmente entró en territorio alemán; sobre todo, afirma, las autoridades alemanas informaron a las uzbekas de su solicitud, por lo que fueron a casa de sus padres e interrogaron incluso a su hermana, a resultas de lo cual su padre murió de un infarto. Abandona Alemania y llega a España en mayo de 2000, donde vive con un documento y un nombre falsos, por lo que es detenido por la policía en el año 2002. Finalmente pide asilo en España pero el 20 de diciembre de 2006 las autoridades alemanas nos solicitan su readmisión, pues volvió allí a pedir asilo.

Se considera que con las alegaciones del solicitante, la información existente en el expediente, la documentación entregada y la información disponible sobre su país de origen existen suficientes elementos de juicio para emitir un criterio sobre la presente petición sin necesidad de mantener una entrevista personal con el mismo.

Se considera que no cabe entrar a valorar los motivos que el solicitante afirma le obligaron a huir de su país en el año 1999 porque el relato en realidad está lleno de incongruencias y contradicciones: dice que cuando pidió asilo en el aeropuerto «por miedo empecé a mentirles» y en otro momento dice que no va a insistir sobre la persecución de que fue objeto porque «no me creyeron la primera vez y no me creerán la segunda vez también».

«Con todos estos datos, repetimos, se considera que no merece entrar a valorar los motivos en los que el solicitante basó su petición, sobre todo porque en cualquier caso ya fueron evaluados en su día por un país de la UE que, a pesar de las afirmaciones del solicitante, tiene un procedimiento de asilo plenamente garantista, la solicitud del interesado fue estudiada, contó finalmente con un abogado, etc... de tal manera que España acepta y asume el criterio de las autoridades alemanas.

Y no debemos olvidar que el solicitante lleva residiendo seis años en España con un pasaporte y una filiación falsas antes de pedir asilo, sin que exista ningún motivo para que el solicitante no hubiera pedido asilo o intentara regularizar su situación en nuestro país, ya que afirma que aunque tiene derecho a una residencia por arraigo no se la han concedido (se supone que por haber vivido con una nombre y una documentación falsas), acto que recurrió, por cierto, ante el Tribunal de Estrasburgo.

En resumen: se considera que la presente petición es un intento del solicitante de reconducir una situación a la que ha llegado por medio de decisiones personales cuando menos irregulares: forzando su entrada en Alemania autolesionándose, mintiendo sobre los motivos de su petición, trasladándose a España ilegalmente, viviendo en nuestro país bajo una identidad y documentación falsas, marchándose de nuevo a Alemania... situaciones todas ellas no previstas en la C.G. 51».

Por otra parte, el ACNUR tan solo recomienda que se lleve a efecto «un estudio adecuado de lo alegado por el solicitante, a pesar de que el mismo saliera de su país de origen en 1999 y de que pasara un tiempo prolongado en Alemania, donde no queda muy claro qué ocurrió con su solicitud de asilo, añadiendo que es necesario valorar la delicada situación en Uzbekistán».

(…)

En este caso el solicitante relata unos hechos ocurridos en su país de origen anteriores a 1999 en que se trasladó a Alemania, por tanto su temor a ser perseguido en Uzbekistán se diluye por el tiempo transcurrido. En Alemania no le fue otorgado el asilo. Llega a España en el año 2000 y en el 2006 las autoridades alemanas solicitan su readmisión.

Lleva residiendo en España durante seis años con un pasaporte y una documentación falsas, según la Administración.

No existe pues fundamentación alguna para otorgar el asilo, atendiendo a la lejanía de su relato en Uzbekistán, a haberlo solicitado en Alemania y a la carencia de documentación. Cierto es que existen informes que advierten sobre la situación general en relación a la protección de los derechos humanos de Uzbekistán que pueden apoyar lo alegado por la actora, pero no se acredita una situación de persecución personal contra el actor.

(…) Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física del interesado o para su vida, que no queda acreditada en el caso de autos (...).

Derecho de asilo y protección subsidiaria: denegación. Víctima de violencia de género en Guatemala. La promovente nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal susceptible de encuadramiento en el régimen jurídico de asilo.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **6 de octubre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **1083/2010**

Ponente: **D. José Alberto Fernández Rodera**

Voz: **Denegación de asilo: nacional de Guatemala. Violencia de género**

Pues bien, la promovente nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal susceptible de encuadramiento en el régimen jurídico de asilo, pues aun cuando pudiera ser cierta la existencia de una violencia de género en los hechos alegados, lo cierto y verdad es que la propia documentación aportada pone de relieve que las autoridades de su país no han permanecido inactivas ante los hechos que ante ellos denunció, constando que tanto el poder judicial como las autoridades policiales pusieron en marcha medidas a su favor, e incluso reconociéndose que su ex marido ya no reside en Guatemala, país que, como bien significa el Informe de la Instrucción, ha desplegado un razonable esfuerzo legislativo y social frente al lacerante fenómero de la violencia contra las mujeres.

Al respecto, el Informe de la Instrucción, contiene una sucinta pero enjundiosa valoración:

La solicitante alega ser objeto de maltrato por su pareja, siendo por tanto víctima de vio-

lencia de género, motivo que de acuerdo con la Ley de Asilo se incluye en el concepto de grupo social determinado previsto (...) Motivos de Persecución, cuando «incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo».

Por tanto, y de acuerdo con tal legislación, se hace necesario estudiar el cumplimiento de los requisitos previstos para la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra, y en la misma definición de refugiado se determina como requisito que, además de ser perseguida o tener un temor fundado a serlo por los motivos especificados y encontrándose fuera del país de su nacionalidad, «no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país».

En primer lugar se hace necesario precisar la situación social, política y jurídica del país de la solicitante, Guatemala, en este ámbito. Si bien es cierto que la violencia de género en dicho país es un hecho preocupante dada su magnitud, tal situación, que no es exclusiva de dicho país, ha generado diversas acciones con el fin de que luchar contra la misma. Así en el ámbito legislativo nacional el Decreto Legislativo n.º 22-2008 aprobó la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra las Mujeres constituyendo un paso de gran alcance dado su carácter penal. También existen diversas instituciones gubernamentales (Secretaría Presidencia de la Mujer (SEPREM), Defensoría de la Mujer, Procuradoría de DD.HH. o Coordinadora Nacional para la Prevención de la violencia Intrafamiliar y Contra las Mujeres CONAPREVI, ente coordinador, asesor e impulsor de las políticas públicas dirigidas a prevenir, atender, sancionar y erradicar dicho tipo de violencia) y no gubernamentales (Tierra viva, GRUFEPOROMEFAM, ACAF, CALDH, etc.) que apoyan a dicho colectivo y luchan por su interés (ayudas, estudios, campañas, etc.). La solicitante manifiesta en sus alegaciones y documenta haber denunciado los hechos en noviembre de 2005 dando lugar a una actuación por parte de sus autoridades como también documenta (adopción de medidas de seguridad, recuperación de la menor). Por lo tanto en el caso concreto, ni de la información general del país ni de las alegaciones de la solicitante, puede afirmarse ni que las autoridades hayan promovido o autorizado los hechos ni se desprende siquiera que exista una pasividad de las mismas frente a los hechos.

Finalmente resaltar el hecho de que la solicitante en cambio no denuncie las supuestas amenazas recibidas últimamente o acudir a las numerosas organizaciones existentes al respecto, ni se plantee caso de temor, aun cuando su marido se encuentra fuera del país, la posibilidad de eludir la situación a través de un desplazamiento interno y en cambio opta por trasladarse a otro país.

Derecho de asilo: denegación. Ciudadano de Iraq. El relato resulta genérico e impreciso, y no establece suficientemente la persecución que alega. Autorización de permanencia por razones humanitarias en atención a la situación de la zona de procedencia del solicitante.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **10 de octubre de 2011**

Recurso de Casación: **4900/2009**

Ponente: **D. Pedro José Yagüe Gil**

Voz: **Denegación de asilo: nacional de Iraq. Ausencia de persecución**

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. En dicha demanda plantea, en esencia, lo siguiente: 1) es nacionalidad iraquí

y religión chií, comerciante dedicado al sector textil, manteniendo una filial en Amman, y pertenece a una familia acomodada; 2) con ocasión de su retorno a Bagdad, procedente de Amman, fue secuestrado por un grupo armado llamado «Resistencia», del partido Baaz, que exigió por su liberación 750.000 $m; esta cantidad fue satisfecha por su familia; 3) la situación en Iraq es sumamente inestable, con frecuentes incidentes terroristas y de seguridad, lo que unido a la inexistencia de ley y orden determina que proliferen los secuestros, en particular de pequeños empresarios, como es su caso; 4) esta situación le determinó a abandonar Iraq y a establecerse en Amman; 5) las autoridades jordanas no solo ignoran su obligación de acogida a los refugiados, sino que les deniega el status legal, exigiendo fuertes sumas dinero a cambio del mantenimiento del visado; 6) en Amman fue localizado por el partido Baaz, reproduciéndose las amenazas y extorsiones, y finalmente la exigencia del pago de 50.000 $m; 7) existen fundados temores de ser perseguido por los motivos contemplados en la Convención de Ginebra; 8) existen motivos suficientes de persecución, habiéndose acreditado razonablemente; 9) la resolución impugnada carece de motivación, pues está redactada sirviéndose de un formulario.

En cuanto ahora interesa, la sentencia de instancia contiene la siguiente fundamentación jurídica:

Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo determinar si es o no conforme a Derecho la Resolución del Ministro del Interior de 18 de octubre de 2007, dictada por delegación por el Subsecretario de Interior, que deniega a don Dionisio el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo, si bien, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, aprecia razones para autorizar la permanencia en España al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

(...) El señor Dionisio fundamenta su petición de asilo en la insostenible situación que ha vivido en su país, Iraq, debido a la situación de inestabilidad, violencia y ausencia de garantías que imperan en el mismo, a lo que hay que añadir el secuestro de que fue objeto por un grupo llamado «Resistencia», teniendo su familia que pagar una cantidad dinero por su liberación. Según manifestó, su situación no mejoró por el hecho de haberse establecido en Jordania, en Amman, dadas las dificultades que el gobierno jordano impone a los refugiados, y porque además fue detectado por el grupo secuestrador, el cual comenzó de nuevo a extorsionarle.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en las «Directrices sobre la Protección Internacional en relación con la pertenencia a un determinado grupo social» de 7 de mayo de 2002 define «determinado grupo social» como «un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos».

Para el Alto Organismo, lo que identifica el grupo social no es tanto el hecho de que sus miembros sean perseguidos, por las razones que fueren, cuanto las condiciones o características del grupo como tal.

(…)

Ahora bien, no existe en el conjunto de las actuaciones, salvo los informes aportados, que son de carácter general, un solo elemento que permita considerar que el señor Dionisio pertenece a un grupo social especialmente sensible o vulnerable sobre el que pueda incidir, más allá de lo que ya incide en la población en general, la convulsa y deteriorada situación existente en Iraq.

Por otra parte, tampoco existen elementos que permitan considerar que el recurrente fuera objeto de secuestro por el grupo llamado «Resistencia». Con todas las dificultades que entraña acreditar esta clase de hechos, sin embargo el interesado podía haber acudido, cuando menos, a las autoridades iraquíes, y también a las jordanas, en demanda de auxilio, o haber denunciado los hechos, y ello con independencia de lo que a la postre hubiera resultado. No parece que esto le hubiera supuesto ninguna dificultad, como no le supuso obtener pasaporte y documentación de las autoridades iraquíes y jordanas.

Ha de tenerse en cuenta, como acertadamente apunta la Instructora del expediente, que el solicitante no aporta fechas concretas, ni centra los acontecimientos, ni concreta su situación personal, económica y familiar salvo vagas y genéricas referencias; debiendo añadirse también que la Sala ha tenido que extraer de la demanda el relato de los hechos, toda vez que el expediente administrativo está incompleto. Pero no se solicitó su ampliación ni se interesó prueba al respecto.

En consecuencia, la situación de don Dionisio no puede incardinarse en un supuesto de persecución de los contemplados en la Convención de Ginebra por razones de pertenencia a un grupo social, atendidas las Directrices de los informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados antes expuestas.

La Sentencia razona que el relato del solicitante resulta impreciso y en algunos puntos, tal como pone de relieve la instrucción, es contradictorio. En cualquier caso lo que no resulta acreditado es que realmente sea susceptible de persecución si retorna a su país de origen. Además, tal como ya se señalaba en el informe inicial de la Instrucción, hace años que en Argelia no se aplican los artículos que penalizan la homosexualidad.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **13 de octubre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **504/2010**

Ponente: **D. José Luis Sánchez Díaz**

Voz: **Denegación de asilo a nacional de Argelia: persecución personal. Homosexualidad**

Se impugna la Resolución del Excmo. Sr. Ministro del Interior de fecha 30 de marzo de 2010, que deniega la solicitud de concesión del derecho de asilo en España y la protección subsidiaria del hoy demandante D. Gonzalo, denegación que la Administración fundamenta básicamente en que basa su solicitud en su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido o tenga un temor fundado de sufrir una persecución personal.

El relato en que basa su solicitud resulta inverosímil, así como contradictorio e incongruente. Los elementos probatorios aportados no pueden considerarse prueba o indicio de persecución; que los hechos no constituyen una persecución de las contempladas en el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951; y, finalmente, que no se desprenden razones humanitarias o de interés público que puedan justificar la permanencia en España del solicitante de asilo al amparo del artículo 24.2 de la Ley 12/2009.

Frente a ello el demandante expresa que su huida de Argelia estaba determinada por su orientación sexual. Durante la instrucción del procedimiento siempre ha mantenido un relato coherente. Expresa que a los 11 años de edad empezó a recibir abusos sexuales por parte de un vecino de unos 40 años. Mantuvo una relación con su vecino durante varios años.

Posteriormente otros vecinos mayores de edad solicitaron mantener relaciones sexuales con el demandante. Cuando su padre y hermano se enteraron le propinaron una paliza. Fue sometido a insultos homófobos y agresiones por parte de su familia. No se incorporó al servicio militar. Huyó y pasó a España por Ceuta.

Hace referencia también a la persecución en Argelia de las personas homosexuales y a que las relaciones entre personas del mismo sexo se castigan penalmente.

(...)

A este respecto destaca la instructora del expediente lo que sigue:

Realmente, las experiencias del solicitante en la mili son muy poco sólidas, a juicio de la Instrucción incluso puede plantearse si el solicitante realmente llegó a incorporarse al servicio:

no sabe ni el grado de su jefe y el de sus amigos, cuando huye lo que más le preocupa es devolver la ropa militar, huye a principios de 2007, se incorpora a su trabajo habitual y sin embargo los militares no lo localizan durante más del año que tarda en salir del país.

Respecto a la documentación, adolece de la misma credibilidad que el resto de la petición:

— El carné de identidad está expedido en una fecha en que se supone que él ya estaba siendo llamado al servicio militar (afirma que recibió dos citaciones en el 2004, ver la que presenta) pero no ocurre nada. Resuelve este tema (ante la insistencia de la Instrucción) diciendo que pagó a un funcionario y que, al fin y al cabo, los llamamientos recibidos hasta entonces no eran importantes porque el importante es el último, el del «sello rojo».

— Presenta una citación de incorporación al servicio del año 2002, citación que el solicitante nunca había mencionado. Cuando se le pregunta al respecto explica que no es una citación propiamente dicha, sino que es el aviso para pasar el reconocimiento médico. Esto no resulta creíble: la citación se produce cuando el solicitante tiene ya 20 años, edad muy tardía para el reconocimiento médico, y se le indica claramente que tiene que presentarse «al centro de tránsito para que se traslade a CIT MZ El Bayd».

— La segunda citación es del año 2004 y se señala que «se considera implicado en ilegible (posiblemente un delito) legal al servicio militar hasta la fecha».

A parte de que llama la atención el que el solicitante, con su azarosa vida, conserve citaciones de hace 7 y 3 años respectivamente, se deduciría de estos documentos que realmente el ejército argelino no pone mucho interés en localizar y obligar a sus jóvenes a que cumplan sus obligaciones militares: lo llaman en el 2002, en el 2004 aparece que ya hay una seria advertencia, pero no se incorpora hasta el 2006 y cuando huye no lo encuentran durante más de un año en su trabajo habitual.

Por último, la Instrucción considera que debe realizar algunas observaciones sobre el informe presentado por el ACNUR en la CIAR de mayo de 2009: ACNUR menciona sus Guías sobre solicitudes de asilo referidas a Orientación e Identidad sexual. A estas alturas plantear que este motivo de persecución cabe dentro de la C.G. 51 es innecesario:

España nunca lo puso en duda, desde hace años ha concedido protección por este motivo y, además ha quedado recogido ya formalmente en la nueva Ley de Asilo, reglando así una práctica que venía siendo habitual desde hace tiempo.

Respecto a que la homosexualidad está penalizada en Argelia, nos remitimos a los principios del propio ACNUR en sus «Directrices sobre protección internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del artículo Internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la C.G. 1951», de 7 de febrero de 2002, que en su párrafo 10 (p. 4) bajo el epígrafe «Temor fundado de persecución» señala que «juzgar una ley como persecutoria en sí y por sí misma ha demostrado ser fundamento suficiente para determinar algunas solicitudes por motivos de género... sin embargo, como en todos los casos, el solicitante también deberá establecer que tiene fundados temores de ser perseguido a causa de esta ley. Este no sería el caso de una ley persecutoria vigente que ya no se aplica en la práctica».

Como ya se señalaba en el informe inicial de la Instrucción, hace años que en Argelia no se aplican los artículos que penalizan la homosexualidad.

(…)

El relato del solicitante resulta impreciso y en algunos puntos tal como pone de relieve la instrucción es contradictorio. En cualquier caso lo que no resulta acreditado es que realmente sea susceptible de persecución si retorna a su país de origen.

Los datos sobre su vida militar resultan particularmente imprecisos y aunque está penada la homosexualidad en Argelia es poco probable que estos hechos pudieran determinar una persecución por parte de la autoridad militar, dada la ausencia de denuncia en aquel momento, tal

como destaca la Instrucción en su Informe. Si acaso por el abandono del servicio militar pero ello se vincula a un tipo penal ajeno a la orientación sexual y a los motivos que justifican el otorgamiento del asilo, según la Convención de Ginebra de 1951.

Derechos fundamentales: aplicación del derecho de la Unión. Prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Traslado de un solicitante de asilo al Estado miembro responsable. Concepto de «países seguros».

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **21 de diciembre de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-411/10**

Ponente: **Sr. Rosas**

Voz: **Solicitud de asilo: Estado miembro responsable. Vulneración de derechos fundamentales**

N.S., recurrente en el litigio principal, es un nacional afgano que llegó al Reino Unido transitando, en particular, por Grecia. En este último Estado fue detenido el 24 de septiembre de 2008, pero no presentó una solicitud de asilo.

Según él, las autoridades griegas lo mantuvieron detenido durante cuatro días y, en el momento de su puesta en libertad, le notificaron una orden de abandonar el territorio griego en un plazo de 30 días. Alega que, cuando trataba de abandonar Grecia, fue detenido por la policía y devuelto a Turquía, país en el que, durante dos meses, fue objeto de detención en condiciones penosas. Afirma que escapó de su lugar de detención en Turquía y viajó de dicho Estado al Reino Unido, donde llegó el 12 de enero de 2009 y donde presentó, el mismo día, una solicitud de asilo.

El 1 de abril de 2009, el Secretary of State for the Home Department (en lo sucesivo, «Secretary of State») dirigió a la República Helénica, con arreglo al artículo 17 del Reglamento n.º 343/2003, una petición para que se hiciera cargo del recurrente en el litigio principal a efectos del examen de su solicitud de asilo. La República Helénica no respondió a esta petición en el plazo previsto en el artículo 18, apartado 7, de dicho Reglamento y, por tanto, el 18 de junio de 2009, en virtud de esta disposición, se consideró que había asumido la responsabilidad del examen de la solicitud del recurrente.

El 30 de julio de 2009, el Secretary of State notificó a este recurrente en el litigio principal que se habían dado instrucciones para su traslado a Grecia el 6 de agosto de 2009.

El 31 de julio de 2009, el Secretary of State notificó al recurrente en el litigio principal una decisión por la que se declaraba que, conforme al anexo 3, parte segunda, número 5, apartado 4, de la Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc) Act 2004 [Ley de 2004 de asilo e inmigración (tratamiento de los solicitantes y otras cuestiones); en lo sucesivo, «Ley de asilo de 2004»], su alegación de que su traslado a Grecia infringiría los derechos que le confería el CEDH era manifiestamente infundada, puesto que la República Helénica estaba inscrita en la «lista de países seguros» de la parte 2 del anexo 3 de la Ley de asilo de 2004.

Esta decisión declarativa tuvo como consecuencia, en virtud del número 5, apartado 4 de la parte 2 del anexo 3 de la Ley de asilo de 2004, que el recurrente en el litigio principal no tuviera derecho a interponer en el Reino Unido el recurso en materia de inmigración («inmigration appeal»), con efecto suspensivo, contra la decisión que ordenaba su traslado a Grecia, recurso al que habría tenido derecho si no se hubiera adoptado dicha decisión declarativa.

El 31 de julio de 2009, el recurrente en el litigio principal solicitó que el Secretary of State asumiera, en virtud del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 343/2003, la responsabilidad del examen de su solicitud de asilo, por entender que existía el riesgo de que los derechos fundamentales que le reconocían el Derecho de la

Unión, el CEDH y/o la Convención de Ginebra resultaran infringidos si era trasladado a Grecia. Mediante escrito de 4 de agosto de 2009, el Secretary of State mantuvo su decisión de trasladar al recurrente en el litigio principal a Grecia y su decisión por la que se declaraba que la alegación del recurrente en el litigio principal basada en el CEDH era manifiestamente infundada.

El 6 de agosto de 2009, el recurrente en el litigio principal presentó una petición con objeto de poder interponer un recurso jurisdiccional («judicial review») contra las decisiones del Secretary of State. En consecuencia, este último anuló las instrucciones relativas a su traslado. El 14 de octubre de 2009, se autorizó al recurrente a interponer ese recurso jurisdiccional.

El recurso fue examinado por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), entre el 24 y el 26 de febrero de 2010. Mediante sentencia de 31 de marzo de 2010, el juez Cranston desestimó el recurso, pero autorizó al recurrente en el litigio principal a interponer una apelación contra dicha sentencia ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division).

El recurrente en el litigio principal interpuso un recurso ante este último órgano jurisdiccional el 21 de abril de 2010.

De la resolución de remisión, en la que dicho órgano jurisdiccional hace referencia a la sentencia de la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), se desprenden las siguientes consideraciones:

— los procedimientos de asilo en Grecia presentan graves insuficiencias: los solicitantes se enfrentan a numerosas dificultades para cumplir las formalidades necesarias, no cuentan con una información y una asistencia suficientes y sus solicitudes no son examinadas con atención;

— la proporción de concesiones de asilo en ese país es extremadamente baja;

— los recursos jurisdiccionales son insuficientes y de muy difícil acceso;

— las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo son inadecuadas: los solicitantes permanecen detenidos en condiciones inadecuadas, o bien viven en el exterior en la indigencia, sin abrigo ni alimentos.

La High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), consideró que los riesgos de una devolución a Afganistán y Turquía desde Grecia no estaban acreditados en lo que atañe a las personas trasladadas en virtud del Reglamento n.º 343/2003, pero el recurrente en el litigio principal cuestiona esta apreciación ante el órgano jurisdiccional remitente.

Ante la High Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), el Secretary of State admitió que «los derechos fundamentales enunciados en la Carta pueden ser invocados frente al Reino Unido y (...) que la Administrative Court cometió un error al estimar lo contrario». Según el Secretary of State, la Carta únicamente reafirma derechos que ya son parte integrante del Derecho de la Unión, y no crea derechos nuevos. No obstante, el Secretary of State alegó que la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), se equivocó al estimar que él estaba obligado a tomar en consideración los derechos fundamentales de la Unión al hacer uso de la facultad discrecional que le confiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 343/2003. Según el Secretary of State, esa facultad discrecional no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

Con carácter subsidiario, el Secretary of State sostuvo que la obligación de respetar los derechos fundamentales de la Unión no le obliga a tener en cuenta las pruebas que indican que, si el recurrente fuera trasladado a Grecia, habría un riesgo grave de que se infringieran los derechos fundamentales que le confiere el Derecho de la Unión. A su juicio, el sistema del Reglamento n,º 343/2003 le permite basarse en la presunción irrefutable según la cual Grecia (o cualquier otro Estado miembro) respetará las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión.

Por último, el recurrente en el litigio principal sostuvo ante el órgano jurisdiccional remi-

tente que la protección conferida por la Carta era superior e iba más allá de la garantizada por el artículo 3 del CEDH, lo que podría conducir a un resultado diferente en el presente asunto.

En la vista de 12 de julio de 2010, el órgano jurisdiccional remitente estimó que, para poder resolver sobre la apelación, era necesario pronunciarse sobre determinadas cuestiones relativas al Derecho de la Unión.

En estas circunstancias, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Está comprendida la decisión adoptada por un Estado miembro en virtud del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 343/2003 (…) acerca del examen de una solicitud de asilo, de la que no es responsable según los criterios establecidos en el capítulo III del Reglamento, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión a efectos del artículo 6 [TUE] y/o del artículo 51 de la Carta […]?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2) ¿Es suficiente, para que un Estado miembro cumpla su obligación de respetar los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea (incluidos los derechos establecidos en los artículos 1, 4, 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta), que traslade al solicitante de asilo al Estado miembro que el artículo 3, apartado 1 (del Reglamento n.º 343/2003), designa como el Estado responsable con arreglo a los criterios establecidos en el capítulo III de (este) Reglamento, independientemente de la situación existente en el Estado responsable?

3) Concretamente, ¿prohíbe la obligación de respetar los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea la aplicación de una presunción *iuris et de iure* de que el Estado responsable observará i) los derechos fundamentales del solicitante de asilo reconocidos por el Derecho de la Unión y/o ii) las normas mínimas establecidas en las Directivas 2003/9 (…), 2004/83 (…) y 2005/85 (…)?

4) Alternativamente, ¿obliga el Derecho de la Unión, y en caso afirmativo, en qué circunstancias, a un Estado miembro a ejercer la facultad prevista por el artículo 3, apartado 2, del Reglamento (n.º 343/2003) de examinar y asumir la responsabilidad de una solicitud de asilo cuando el traslado al Estado responsable expondría al solicitante [de asilo] a un riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales, concretamente de los derechos establecidos en los artículos 1, 4, 18, 19, apartado 2, y/o 47 de la Carta, y/o a un riesgo de que no se apliquen a su caso las normas mínimas establecidas en las Directivas (2003/9, 2004/83 y 2005/85)?

5) ¿Es el ámbito de la protección conferida a una persona, a la que se aplica el Reglamento (n.º 343/2003), en virtud de los principios generales del Derecho de la Unión Europea y, concretamente, de los derechos establecidos en los artículos 1, 18 y 47 de la Carta, más amplio que el de la protección atribuida por el artículo 3 del (CEDH)?

6) ¿Es compatible con los derechos reconocidos en el artículo 47 de la Carta el hecho de que una disposición de Derecho nacional obligue a un órgano jurisdiccional, a efectos de determinar si una persona puede ser expulsada lícitamente a otro Estado miembro en virtud del Reglamento (n.º 343/2003), a presumir que dicho Estado miembro no enviará a esta persona a otro Estado en contra de sus derechos amparados por el (CEDH) o por la (Convención de Ginebra) (…) y su (Protocolo de 1967)?

7) En la medida en que las cuestiones precedentes se plantean con respecto a las obligaciones del Reino Unido, ¿se modifican las respuestas a las cuestiones (segunda a sexta) teniendo en cuenta el Protocolo (n.º 30) (…)?».

(…)

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

1) La decisión adoptada por un Estado miembro sobre la base del artículo 3, 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, de examinar o no una solicitud de asilo de la que no es responsable según los

criterios establecidos en el capítulo III de dicho Reglamento supone una aplicación del Derecho de la Unión a efectos del artículo 6 TUE y/o del artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2) El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 343/2003 designa como responsable, respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea.

El artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al «Estado miembro responsable» en el sentido del Reglamento n.º 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición. Sin perjuicio de la facultad de examinar él mismo la solicitud a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 343/2003, la imposibilidad de trasladar a un solicitante a otro Estado miembro de la Unión Europea, cuando éste sea el Estado miembro responsable según los criterios del capítulo III de dicho Reglamento, obliga al Estado miembro que debía efectuar el traslado a proseguir el examen de los criterios de dicho capítulo, con objeto de comprobar si uno de los criterios posteriores permite determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo.

Es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que se halla el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 343/2003.

3) Los artículos 1, 18 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no conducen a una respuesta distinta.

4) En la medida en que las cuestiones precedentes se plantean respecto a las obligaciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la toma en consideración del Protocolo (n.º 30) sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República de Polonia y al Reino Unido no afecta a las respuestas a las cuestiones segunda a sexta en el asunto C-411/10.

EXPULSIÓN

Expulsión del territorio nacional: justificación por la estancia irregular y existencia de datos negativos suficientes para optar por la expulsión en lugar de la sanción de multa. Expediente sancionador: indefensión; falta de notificación de la propuesta de resolución que permitiera al demandante de amparo cuestionar la relevancia de dichos datos negativos mediante la documentación correspondiente. Principio de contradicción: incumplimiento no subsanado por el hecho de que el demandante de amparo pudiera alegar y probar lo que consideró oportuno en el proceso judicial. Resolución sancionadora: nulidad.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Constitucional**

Fecha: **26 de septiembre de 2011**

Recurso de Amparo: **1101/2010**

Ponente: **D. Francisco José Hernando Santiago**

Voz: **Expulsión del territorio nacional. Procedimiento administrativo. Resolución sancionadora. Nulidad. Indefensión**

En el presente caso, la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente incorporó determinados datos fácticos que no figuraban en el acuerdo de incoación, concretamente los datos de que con anterioridad había sido detenido en tres ocasiones en aplicación de la legislación sobre extranjería, incoándose otros tantos expedientes de expulsión, posteriormente archivados; que el expedientado no acreditaba tener relación laboral u oferta de empleo, ni vínculos significativos con la sociedad española; y, sobre todo, se destacaba que tenía antecedentes policiales por abuso sexual; asimismo, se hacía constar la apertura de unas diligencias previas por delito de malos tratos en el ámbito familiar y la adopción de una orden judicial de alejamiento respecto de su esposa.

Estos nuevos datos resultaron relevantes puesto que sirvieron para sustentar la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa. Hemos de recordar que en la STC 140/2009, de 15 de junio (FJ 3), afirmamos que el deber de motivación en el ámbito sancionador incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Concretamente, en relación con la posibilidad prevista legalmente en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se pueda imponer, en lugar de la sanción de multa, la de expulsión del territorio nacional, hemos reiterado que la imposición de esta sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el art. 55.3 en relación con el art. 50 de la citada ley, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000 (SSTC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4; y 140/2009, de 15 de junio, FJ 3).

Precisamente, en el presente caso la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa, se sustentó en los nuevos datos incorporados en la propuesta de resolución. En efecto, en la resolución definitiva de la Delegada del Gobierno en Madrid se afirma que constan en el expediente, «además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su

conducta, al haber sido detenido en varias ocasiones por presuntos delitos de malos tratos en el ámbito familiar y abuso sexual, que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanaría su situación irregular en España».

Esos hechos nuevos incorporados a la propuesta de resolución, que no fue notificada, no implicaban una nueva calificación jurídica ni tampoco la imposición de una sanción distinta de la anunciada, pero sí eran relevantes desde el punto de vista de la licitud de la opción de la Administración en favor de la sanción de expulsión frente a la de multa, pese a lo cual no le fue posible al demandante de amparo cuestionar la relevancia de esas detenciones mediante los documentos acreditativos del archivo o de su absolución en los procedimientos correspondientes, algo que sólo pudo hacer en la vía judicial, precisamente como consecuencia de la falta de notificación de la propuesta de resolución.

Expulsión del territorio nacional. Ausencia de documentos acreditativos que amparen su estancia en España. Expediente de expulsión: deben constar, además de la permanencia ilegal, otros datos «negativos» de la conducta del interesado que justifiquen su expulsión. No infringe el principio de proporcionalidad. El apelante no acredita circunstancia que impida la imposición de la sanción.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**

Fecha: **29 de septiembre de 2011**

Recurso de Apelación: **521/2009**

Ponente: **D. Juan Fernando Horcajada Moya**

Voz: **Expulsión del territorio nacional. Principio de proporcionalidad**

La sentencia apelada desestima el recurso contencioso interpuesto por el actor, aquí apelante, contra su expulsión con prohibición de entrada en el territorio nacional por un período de tres años, acordada por la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Girona, de fecha 2 de octubre de 2008, por carecer de cualquier tipo de documentos que amparasen su estancia en nuestro país, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.a) de la Ley Orgánica de Extranjería.

(...)

Por su parte, el apelante —frente a esta circunstancia (manipulación de un pasaporte) de fácil apreciación por los funcionarios de Policía— se limita a señalar en su recurso de apelación que «si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos».

(…)

La medida de expulsión del territorio español acordada por encontrarse el apelante irregularmente en nuestro país, no infringe el principio de proporcionalidad y ha sido debidamente motivada en cuanto ha permitido conocer los motivos de su imposición, el ejercicio del derecho a la defensa y la posibilidad de que la Sala lleve a cabo el correspondiente control de legalidad. La sanción impuesta se encuentra legalmente prevenida por el legislador precisamente para la concreta infracción por él cometida. El apelante no acredita circunstancia alguna que permita fundamentar que la expulsión, prevenida por la norma como una opción sancionadora legítima en estos supuestos específicos, no lo es en el concreto caso del mismo, y únicamente sería proporcional la sanción alternativa de multa.

Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero también menos eficaz para la consecución e la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por la ley.

En consecuencia, debe concluirse que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora proporcionada, que se encuentra específicamente establecida por la Ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal.

La Administración puede legítimamente imponer esta sanción, dentro de las opciones prevenidas legalmente, que que es precisamente la que restablece el orden jurídico perturbado. Incumbe a la parte contraria, que impugna la sanción por falta de proporcionalidad, acreditar la concurrencia de circunstancias que se den en su caso concreto y que sean relevantes para determinar tal desproporción.

Por lo demás, concurre la circunstancia de manipulación del pasaporte *supra* señalada.

Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas. Expulsión del territorio nacional. Aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio: no se considera más favorable al reo.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **4 de noviembre de 2011**

Recurso de Casación: **10524/2011**

Ponente: **D. Juan Saavedra Ruiz**

Voz: **Tráfico de drogas. Sustitución de la pena: expulsión del territorio nacional**

Con fecha 28 de julio de 2009, el hoy recurrente Virgilio fue condenado por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Baleares como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias gravemente lesivas para la salud, sin concurrir circunstancias modificativas en su responsabilidad criminal, a las penas de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 200 euros, con diez días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, debiendo asimismo abonar las costas causadas. La sentencia acordaba, igualmente, la expulsión del penado del territorio nacional durante un plazo de diez años, contados a partir de la fecha de su efectiva expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito el delito, habiendo mostrado su conformidad el acusado respecto de esta expulsión en caso de condena.

Firme y ejecutoria dicha resolución, la Sala de procedencia emitió Auto el 15 de diciembre de 2010 por el que declaró no haber lugar a revisar tal condena, al tenor de las Disposiciones Transitorias 1.ª y 2.ª de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, por la que ha sido modificado el Código Penal, al entender que la nueva normativa no resulta en el caso más favorable al reo, dado que la pena de prisión ya impuesta sería igualmente imponible con arreglo a la nueva redacción y no se ha previsto una pena de multa como alternativa a las penas privativas de libertad.

Frente a este último pronunciamiento se alza el recurrente en casación, invocando un primer motivo que, por el cauce de la infracción de ley (art. 849.1.º LECrim), viene a denunciar la incorrecta aplicación de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, en relación con el art. 89 del Código Penal, en la medida en que el plazo de duración de la prohibición de regresar a España que preveía este precepto se ha visto reducido de diez a cinco años, a computar desde la fecha de la expulsión, siendo dicha nueva redacción más favorable a los intereses del recurrente (art. 2.2 CP). Considera, por ello, que el Auto combatido debe ser revocado en el sentido de reducir a cinco años la duración de la expulsión, máxime al habérsele impuesto una pena privativa de li-

bertad en su mínimo de tres años y atendidas, igualmente, sus circunstancias personales, que no especifica. El segundo de los motivos, amparado en el art. 849.2.º LECrim, reitera íntegramente los argumentos del motivo anterior, razón por la que merecen ser examinados juntos.

(…)

Delimitada de este modo la naturaleza de la expulsión, debemos examinar su incidencia en la interpretación de las reglas transitorias cuya aplicación postula el recurrente. Así, como consecuencia de cuanto acaba de exponerse, no resulta aplicable al caso de la expulsión lo señalado en el inciso segundo del apartado 1) de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, según el cual los Jueces y Tribunales «(...) procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia».

El recurrente se ha aquietado a la decisión de la instancia que estimó perfectamente imponibles los mismos tres años de prisión conforme a la nueva redacción del artículo 368 CP por el que fue condenado. Por ello, tal regla transitoria no resulta aplicable a la medida de expulsión, puesto que esta alternativa a la prisión ni goza de la condición de pena ni ha sido, por el momento, ejecutada.

Analizando la cuestión desde la perspectiva de los supuestos que prevé la misma disposición transitoria en sus apartados 2) y 3), según los cuales no se revisarán «las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida», como tampoco «las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley», redacción que viene a coincidir con la que ya tuvieran las Disposiciones Transitorias Quinta (segundo inciso) y Sexta (primer inciso) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el Código Penal, que continúan estando vigentes, la solución seguiría siendo la misma.

En cualquier caso, los diez años de prohibición de regresar a España que el Tribunal de instancia impuso al penado, con su conformidad expresa, siguen estando abarcados por el actual abanico temporal del art. 89 CP, por lo que ni siquiera entendiendo que estuviéramos ante una pena —lo que hemos descartado— procedería la solicitada revisión, al ser en tal caso aplicables las pautas de taxatividad que asimismo dimanan de la Disposición Transitoria Segunda, antes transcrita, y que impiden la revisión en el caso de que la duración anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código, lo que sin ninguna duda sucede en el supuesto de autos.

Medidas cautelares: intereses en conflicto de las partes y de terceros afectados y determinar si la ejecución del acto puede hacer perder su finalidad legítima. Denegación de medida cautelar: no supone vulneración del derecho de defensa o del derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Suspensión: necesidad de examinar el caso concreto y el arraigo alegado. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **30 de diciembre de 2011**

Recurso de Apelación: **681/2009**

Ponente: **D. Joaquín Moreno Grau**

Voz: **Expulsión del territorio nacional: medidas cautelares**

El auto apelado desestima la medida cautelar de suspensión del acto recurrido consistente en la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia que acuerda la expulsión del recurrente y la prohibición de entrada en España durante 10 años, por infringir el art. 53.a) de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000.

El Juzgado de instancia, después de analizar los requisitos exigidos por la Ley Jurisdiccional para la adopción de la medida cautelar solicitada, señala que, valorados los distintos intereses en conflicto, debe darse prioridad al más intensamente afectado, para señalar que, en el presente caso, la petición de suspensión de la expulsión sin otra prueba es insuficiente, de acuerdo con la doctrina establecida por el TS de 14 de marzo y 11 de abril de 2000, que entiende que el derecho de defensa es respetado en el recurso mediante la representación procesal del recurrente. Señala asimismo de acuerdo con la STS de 23 de octubre de 2001, que se refiere a un supuesto prácticamente idéntico al presente, que aunque en la LJ de 1998 no exista una normal similar a la contenida en el art. 122 de la LJ de 1956, que exija como requisito para acceder a la suspensión que se causen perjuicios de imposible o difícil reparación, el art. 130 de la primera Ley exige a tales efectos que la ejecución no haga perder su finalidad al recurso, pero previa valoración de todos los intereses en conflicto, para llegar a la conclusión de que siendo ello así no puede prevalecer frente a los intereses públicos, el interés del extranjero en permanecer en territorio nacional cuando carece de los imprescindibles requisitos que exige nuestro ordenamiento y no existen auténticas circunstancias subjetivas y personales o elementos objetivos demostrativos del arraigo y vinculación del recurrente en nuestro país, que en su caso habrían determinado una solución contraria, debiendo entenderse además que el art. 130.1 LJ no puede ser interpretado en la forma amplia en que lo hace el recurrente, ya que en ese caso la suspensión resultaría obligada inexcusablemente en todos los procesos contencioso-administrativos, conclusión que no es la querida por el legislador, que ante todo exige la valoración de los intereses en conflicto, estableciendo la prevalencia del interés público que subyace en este tipo de actuaciones y de otra que el derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho, cuando el tema de la suspensión de los actos impugnados se somete al conocimiento de un Tribunal.

(…)

Alega el apelante para fundamentar su pretensión la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y los perjuicios irreparables que comportaría la expulsión que haría inejecutable una sentencia favorable, lo que hace primar el interés privado del recurrente frente al público, que no se vería afectado, así como que la consideración a los antecedentes policiales vulnera el principio de presunción de inocencia. Aduce la incongruencia omisiva el auto apelado a l no hacer referencia laguna al alzamiento solicitado de la medida de intervención del pasaporte del recurrente.

(…)

Por otro lado, hay que considerar que, como ha señalado esta Sección en repetidas ocasiones,

aunque la ejecución suponga la expulsión del actor del territorio nacional, ello no supone que deba accederse de forma automática a la suspensión pretendida, sino que como ha señalado la jurisprudencia, habría que examinar el caso concreto y sí se da en aplicación del principio *fumus boni iuris* el arraigo alegado por el recurrente, teniendo en cuenta por otro lado que la expulsión tampoco hace perder su finalidad legítima al recurso, ya que de prosperar la pretensión del actor, siempre podría regresar a España con indemnización de los perjuicios causados.

En el presente caso la resolución impugnada acuerda la expulsión del actor por infringir el art. 53.a) de la LO 4/2000, reformado por LO 8/2000 esto es por encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.

Razona el recurrente sobre los perjuicios que se le derivarían de la expulsión al verse privado del derecho a ejercitar eficazmente el derecho de defensa. Estos argumentos, como se ha razonado ampliamente, no son atendibles.

Expulsión del territorio nacional. Estancia irregular. Proporcionalidad: carácter reglado de la potestad sancionadora. Motivación específica y distinta o complementaria de la permanencia ilegal. Basta su constancia en el expediente administrativo. Expulsión: sanción alternativa a la multa. Multa: sanción principal. No consta domicilio conocido, ni familia, ni medios legales de vida en España.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **30 de diciembre de 2011**

Recurso de Apelación: **702/2009**

Ponente: **D. Joaquín Moreno Grau**

Voz: **Expulsión del territorio nacional: principio de proporcionalidad**

La sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por la recurrente contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia que desestima el recurso de reposición presentado contra resolución que acuerda su expulsión y la prohibición de entrada en España durante 5 años, por infringir el art. 53.a) de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, por encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos cuando fueren exigibles y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.

(…)

Para resolver si la resolución impugnada viola el principio de proporcionalidad, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha considerado que el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas, lo que significa que las sanciones deben ser impuestas en cada caso atendiendo a las circunstancias de graduación establecidas en la normativa aplicable. Por lo tanto, no cabe mantener que la sanción de expulsión en vez de la de multa aplicables según el art. 57 de la Ley 4/2000, modificada por Ley 8/2000, pueda ser impuesta de forma arbitraria sin atender a dichas circunstancias, ni que pueda ser impuesta discrecionalmente en todas las infracciones graves como la aquí cometida, ni que tal discrecionalidad no pueda ser controlada por los Tribunales. La Administración a través de un proceso reglado, que puede ser controla-

do por estos últimos, debe averiguar cuál es la sanción que debe imponer en cada caso. Se trata de buscar la sanción justa y proporcionada a la infracción cometida, lo que comporta que en el supuesto de que como consecuencia de dicha búsqueda reglada llegue a la conclusión de imponer una determinada sanción, deba expresar las circunstancias que ha tenido en cuenta al respecto para hacer posible el control referido por parte de los Tribunales, teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado, es admisible la motivación *in alliunde*, pues señala la Jurisprudencia que resultaría en exceso formalista despreciar la motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

(…)

Tales sentencias señalan que el arraigo, como causa que podría moderar la sanción, no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España, ya que para ello se requiere una prueba de las actividades y relaciones del actor en España. Siguen diciendo que en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones la de multa, y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [artículos 49.a), 51.1.b) y 53.1], en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [artículos 53.a), 55.1.b) y 57.1)], cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español», e introduce unas previsiones a cuyo tenor «para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerla se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia». En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor y en los casos, entre otros, de permanencia ilegal, «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional».

(…)

La sanción más grave y secundaria, la expulsión, requiere una motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3, que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión, la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

(…)

Si aplicamos la doctrina contenida en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo citadas, observamos que en el presente caso la resolución sancionadora impugnada no vulnera el principio de proporcionalidad al estar suficientemente motivada en la resolución y en el expediente administrativo la sanción de expulsión teniendo en cuenta que la recurrente no consta que tenga domicilio conocido, ni familia, ni medios legales de vida en España. Tampoco consta que haya intentado regularizar su situación en este país solicitando los oportunos permisos de residencia y de trabajo.

Expulsión de extranjeros: condena penal. Medidas cautelares. Denegación de la solicitud. Suspensión de la ejecución de resoluciones de expulsión de extranjeros: medida que cause un perjuicio irreparable. Desarraigo familiar. Estimación.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha**
Fecha: **10 de enero de 2012**
Recurso de Apelación: **273/2011**
Ponente: **Dña. Raquel Iranzo Prades**
Voz: **Expulsión del territorio nacional: medidas cautelares**

Se recurre el auto de fecha 14 de julio de 2011 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Toledo por el que se denegó la solicitud de medida cautelar de suspensión de la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 21 de enero de 2011 en el que se acordaba la expulsión de D. Ángel del territorio español por concurrir la causa prevista en el art. 57.2 LO 4/2000.

En la resolución recurrida, después de dejar constancia de la necesaria ponderación de intereses públicos y privados en juego que exige el art. 130 de nuestra Ley Jurisdiccional, se concluye que en el presente caso las circunstancias concretas alegadas por el recurrente no eran suficientes para imponerse sobre los intereses generales representados por la decisión administrativa, a la vez que tampoco contaba el actor con la apariencia de buen derecho en su posición por haber sido condenado a una pena de 10 años de prisión.

El recurso interpuesto combate la resolución dictada alegando la pérdida de la finalidad legítima del recurso de ejecutarse la resolución administrativa de expulsión, e invocando la existencia de un arraigo protegible cautelarmente basado en circunstancias laborales, pero, fundamentalmente, en la existencia de 2 hijos nacidos en España y que el apelante afirma que tienen nacionalidad española.

Al respecto debe indicarse que, respecto de la materia que ahora nos ocupa, si bien es verdad que la doctrina jurisprudencial es favorable a la suspensión de la ejecución de resoluciones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional en el supuesto de que tal medida le cause un perjuicio irreparable, especialmente cuando provoque una situación de desarraigo familiar o «cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos» (SSTS 15 de enero 1997 y 28 septiembre 1999), no lo es menos que también tiene declarado, por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2001, que no concurre ese arraigo «cuando no existen auténticas circunstancias subjetivas y personales o elementos objetivos demostrativos de la vinculación del extranjero en nuestro país».

(...)

Al margen de la vida laboral que aporta y de su actividad en prisión, básicamente se afirmaba la residencia en España, concretamente, en Yuncos, donde se encontraba empadronado con D.ª Socorro de nacionalidad española, de cuya unión habían nacido dos hijas en 1997 y 2000. Se acompañaba registro de empadronamiento, libro de familia y certificación literal de nacimiento de las dos hijas donde constaba fehacientemente la nacionalidad española de la madre (...)

La ponderación de intereses en juego que exige el art. 130.1 Ley 28/1999 se decanta ostensiblemente a favor de la suspensión de la ejecutividad del acuerdo de expulsión máxime si se tiene en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005 según la cual: «La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas:

1.ª La Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídi-

ca de la familia (artículo 39.1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (artículo 39.2).

En consecuencia con ello, el artículo 11.2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.

Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (v.g., artículo 110 del Código Civil, que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143.2.º del propio Código Civil, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 154, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.).

2.ª El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles.

(La comisión por un español de un delito o de una infracción administrativa son castigados con determinadas penas o sanciones, pero nunca con la expulsión del territorio nacional; fuera del supuesto de medida cautelar o sanción penal; «los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional» según el artículo 19 de la Constitución Española).

3.ª La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores).

Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y que de en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre».

Lo que se dice en esta sentencia de la madre es predicable del padre no privado de la patria potestad. Si se expulsa al padre del español menor de edad que no esté privado de la patria potestad, se coloca al hijo español en la posición de o bien tener que salir de España si ha de mantener la relación paterno-filial, o bien en la de criarse en España, pero en ausencia del padre, lo cual atenta, como señala la sentencia del Tribunal Supremo citada, contra elementales principios de protección de la familia. Seguimos en esto, además de la sentencia del Tribunal Supremo mencionada, numerosas sentencias anteriores que ya hemos dictado en el mismo sentido, como son, entre otras, las dictadas en los recursos de apelación 86/2007, 98/2007, 187/2006, 45/2005, 233/2005, 180/2005, 156/2005, 155/2005, 101/2005 o 234/2004.

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**
Fecha: **19 de diciembre de 2011**
Recurso: **Recurso de suplicación núm. 3663/2011**
Ponente: **D. Luis Lacambra Morera**
Voz: **Denegación de la renovación de la autorización de residencia y trabajo. Efectos sobre el contrato de trabajo: extinción.**

Resumen: «SEGUNDO.—[…] El motivo ha de ser estimado por las siguientes razones:

1. Al actor se le denegó la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo en España por la Delegación del Gobierno en Madrid, según acuerdo de 12 de mayo de 2010, hecho que determinó la extinción de su contrato de trabajo por decisión de la empresa demandada de 31 de mayo de 2010.

2. Las partes suscribieron cláusula contractual de conformidad con la cual, el contrato de trabajo se extinguirá de producirse por cualquier causa la autorización administrativa para trabajar.

3. Una vez denegada la autorización de residencia y trabajo por el Organismo Administrativo competente, se produce una situación claramente irregular o ilícita que por afectar directamente a la relación laboral, exige la automática e inmediata extinción de la misma —pese a que la decisión denegatoria de los permisos se haya recurrido por el interesado— por contravenir, si se mantuviera, el art. 7.c) del ET, en la medida en que la persona extranjera puede contratar de acuerdo con la legislación específica sobre la materia, que en el presente caso está representada, en este punto, por lo que estatuye el art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a cuyo tenor «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 (...), exigiéndosele al empresario, según esta misma norma —apartado 4— la solicitud de (...) la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización». Añade el epígrafe 5 del precepto que «la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación (...)

4. Como responsabilidad derivada del incumplimiento de la norma, es decir, el emplear a quien ha perdido su condición de residente y la autorización para trabajar, se regula la que prescribe el art. el art. 37.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que considera conducta constitutiva de infracción muy grave expresamente sancionada, utilizar «trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado».

5. No es dudoso ni cuestionable que el empresario demandado es totalmente ajeno a la realidad de una circunstancia que le es sobrevenida, como es la denegación de residencia y trabajo del actor, que le autoriza y legitima para extinguir el contrato de trabajo, dado que, en virtud del acuerdo administrativo, la relación laboral prestada hasta entonces en condiciones lícitas se transforma ipso iure en situación de clara ilegalidad con la que aquel no debe condescender, a riesgo de cometer una sanción muy grave, como se ha dicho, y desde luego contraviniendo tanto la legislación en materia de extranjería, como la que regula el régimen sancionador de ilícitas conductas de la empresa. En consecuencia, un contrato de trabajo sin mediar permiso de residencia y de autorización para trabajar vulnera la ley y es nulo de pleno derecho, conforme a los arts. 6,3 y 1275 del Código Civil por ser un contrato que infringe normas prohibitivas y con causa ilícita (STS de 21 de marzo de 1997 —rec. 2068/1996—).

En este sentido, resulta inexplicable que al producirse la nulidad del contrato de trabajo por causa ajena a la voluntad de la empresa y que es achacable en exclusiva al trabajador (el demandante ha visto denegada la residencia y el trabajo en España por causas solo imputables al mismo) aquella, que está obligada a poner fin de forma inmediata y automática a la relación laboral que de no resolverse se desarrollaría en situación incuestionable de ilegalidad, deba de compensar económicamente a la persona afectada como si de un despido improcedente se tratare.

6. Todo ello sin obviar que, a tenor del art. 9.2 del ET, "en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido". Por remuneración ha de entenderse, como si el contrato en este único plano fuera válido, el salario y emolumentos que correspondan a las condiciones laborales del trabajador con todo su significado y amplitud (para evitar el enriquecimiento in justo del empresario favorecido por la prestación de servicios en situación ilegal), pero no a la indemnización y los salarios de trámite como si la extinción, que se ha producido por imperativo legal y sin excepción que la pueda hacer excusable, fuera un despido improcedente. No hay además norma alguna que imponga al empresario compensar económicamente al trabajador cuando este pierde la autorización para residir en España y la de trabajo, como si un despido de tal clase se tratare, y tampoco hay fundamento para acudir al método analógico propio de la aplicación e interpretación de las normas (art. 4.1 del Código Civil) que permite equiparar situaciones no previstas en la ley acreedoras del mismo tratamiento jurídico otorgado a otras por su razonable similitud. De lo contrario, se estaría imponiendo a la empresa una obligación indemnizatoria que el legislador ha concebido para los casos en que el contrato se extingue, o bien por decisión unilateral de la empresa calificada de ilícita o en virtud de las causas objetivas expresamente previstas (arts. 51 y 52 del ET).

7. Y respecto de estas últimas, en concreto la que deriva de ineptitud sobrevenida que prevé el apartado a) del art. 52 del ET, ante su concurrencia el empresario no está obligado a despedir al trabajador —aunque pueda legalmente hacerlo al producirse el supuesto extintivo— si hay posibilidad de asignarle otro puesto de trabajo compatible con la causa limitativa con mantenimiento de una relación laboral válida, en tanto que la prohibición de residir y trabajar en España determina la nulidad del contrato e impone extinguirlo, *ex lege*, pero sin compensaciones económicas de ninguna clase resarcitorias de tal extinción.

TERCERO.—En el recurso de la parte demandante, que ampara en el art. 191.c) de la LPL, con exposición de un motivo único, se denuncia infracción del art. 56.1.b) del ET, impugnándose el pronunciamiento de la sentencia de instancia que no ha emitido condena al pago de los salarios de tramitación. Todas las consideraciones referidas anteriormente son íntegramente reiterables ahora, ya que, por lógica evidencia, si se concluyó en que a la empresa demandada no le es exigible indemnizar al actor como si el cese acordado fuera un despido improcedente, por lo mismo y sin necesidad de reproducir lo así argumentado, habrá que sostener que tampoco tiene derecho a dichos salarios, por lo que su recurso se desestima».

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**
Fecha: **7 de octubre de 2011**
Recurso: **Recurso de Suplicación núm. 2722/2011**
Ponente: **Dña. María José Hernández Vitoria**
Voz: **Denegación de la renovación de la autorización de residencia y trabajo. Efectos sobre el contrato de trabajo: extinción**

Resumen: «TERCERO.—Dispone el art. 36.1 de la LO 4/2000: "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 de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente".

Por su parte el art. 54.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados disponía: "La renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido".

De donde se deduce que la prórroga de la validez del permiso de trabajo de que dispone el trabajador extranjero que solicita su renovación se mantiene únicamente hasta la resolución administrativa que decide esta cuestión.

CUARTO.—En el caso presente la extinción del permiso de trabajo del actor estaba prevista para el 31 de enero de 2010, y, solicitada su prórroga 15 días antes, el 15 de enero de 2010, recayó resolución expresa de fecha 18 de marzo de 2010 acordando su denegación. El trabajador recurrió en alzada esa decisión por escrito de fecha 13 de abril de 2010, cuya denegación hemos de entender producida el 13 de julio de 2010, por silencio administrativo. Ello es así de acuerdo con lo previsto en el art. 115.2 L. 30/1992, a tenor del cual el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso de alzada será de tres meses y transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso. Destacamos que no es de aplicación la disposición adicional primera, apartado 2, de la LO 4/2000, que, tal como dice expresamente, se refiere sólo a la resolución de solicitudes iniciales presentadas por extranjeros, no a la resolución de recursos de alzadas contra el acto denegatorio que resuelve esa solicitud inicial, cuya regulación es común para todo tipo de actos administrativos que se impugnan en alzada, sean éstos en materia de extranjeros o cualquier otra.

Como dice el recurso, la resolución administrativa que denegó la prórroga del permiso de trabajo del actor era ejecutiva, ya que no había ningún órgano administrativo que hubiera acordado la suspensión del mismo conforme a lo dispuesto en el art. 111.1. L. 30/1992, a tenor del cual "La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado", salvo que el órgano a quien competa resolver el recurso acuerde suspenderlo, bien de forma expresa bien por silencio administrativo, de acuerdo con lo previsto en el mismo precepto.

Pues bien, en el presente caso no consta solicitud alguna de suspensión de la denegación, ni concesión de oficio, de manera que la empresa estaba facultada para activar la condi-

ción resolutoria prevista en el contrato de trabajo, sin necesidad de esperar la confirmación judicial del acto administrativo impugnado, y así lo reconoce la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 31 marzo 2004, RCUD 3421/2003)».

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Galicia**

Fecha: **21 de septiembre de 2011**

Recurso: **Recurso de Suplicación núm. 1879/2011**

Ponente: **Dña. Raquel María Naveiro Santos**

Voz: **Denegación de la renovación de la autorización de residencia y trabajo. Efectos sobre el contrato de trabajo: extinción**

Resumen: «CUARTO.—A continuación, y también al amparo del artículo 191.c) LPL, formula denuncia por inaplicación de la sentencia de instancia, de los artículos 36 de la LO 4/2000 en relación con el art. 54.1.d) de la misma norma y el artículo 37.1 del Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000 así como en relación a la jurisprudencia establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo 6856/2006, Sala de lo Social, dictada el 11 de octubre de 2006.

Para resolver el recurso planteado ha de partirse precisamente de la sentencia del Tribunal Supremo invocada por el recurrente, de 11 de octubre de 2006, en la que después de reconocer la importante modificación que supuso la redacción dada por Ley Orgánica 8/2000 al art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en el sentido de que tras dicha reforma el contrato de trabajador extranjero celebrado sin tener la correspondiente autorización para trabajar es válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo frente a la versión normativa anterior en que dicho contrato de trabajo era calificado de nulo) reconoce que no es lo mismo carecer de autorización para trabajar que tenerla concedida pero suspendida en su eficacia, ni tampoco es lo mismo que esa falta de autorización sea debida a incumplimiento empresarial que a un incumplimiento del trabajador, no siendo estas últimas situaciones comparables y añadiendo que "con independencia de que en términos generales pueda sostenerse que con la legislación actual el contrato del trabajador irregular no puede considerarse nulo como esta Sala ha dicho en su STS de 29 de septiembre de 2003 (Rec. 3003/2002), a pesar de lo cual son necesarias matizaciones interpretativas de dicha nueva legislación cuando se trata de decidir, no obstante no ser completamente nulo, cuales son las situaciones que justificarían el despido de un trabajador en tales condiciones y cuáles sus consecuencias".

Pues bien, como ya ha señalado esta Sala en sentencia de 9 de junio de 2007 (y en similar sentido se pronuncia la sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de enero de 2011, recurso 4589/2010) la situación generada por no renovación de la autorización de trabajo, imputable a un incumplimiento del trabajador, ha de ser resuelta a la luz del art. 7.c) del Estatuto de los Trabajadores y por tanto estimar que concurre una circunstancia sobrevenida de incapacidad para contratar en la demandante que impide la pervivencia del contrato de la demandante, por lo que no siendo admisible imponer al empleador la conservación de un contrato en que la contraparte carece de capacidad para contratar y que le puede generar responsabilidades administrativas e incluso penales es por lo que la finalización del vínculo no puede ser considerada como despido por no ser decisión libre del empleador sino imputable al actor. Ni tampoco se le puede exigir a la empresa que en este caso acuda a una extinción de contrato por causas objetivas *ex* art. 52.a) del ET y ello porque tal causa está prevista para el

caso de que nos encontremos ante defectos no culpables de aptitud del trabajador, y en el presente caso la no renovación de la autorización de trabajo —fundamentada en la existencia de antecedentes penales—, así como la no comunicación de este hecho a la empresa, solo es imputable al trabajador. Y así los supuestos en que ha venido admitiendo que la forma de extinción correcta del contrato de trabajo es la prevista en el art. 52.a) del ET, se circunscribe a asuntos en los que la no renovación del permiso es imputable al empleador y no al trabajador (en este sentido TSJ de Navarra Sala de 7 de diciembre de 2009, rec. 354/2009) o bien en supuestos en que no se contemplaba una situación en la que la no renovación de permiso de residencia y trabajo estuviera fundamentada en la existencia de antecedentes penales (SSTSJ de Cataluña de 25 de julio de 2006, rec. 4192/2006, o la de 11 de enero de 2005, rec. 5801/2004, TSJ de Canarias de 26 de febrero de 2004) supuestos que difieren por lo tanto del ahora planteado, en el cual, como ha señalado la sentencia de instancia, se ha de entender que no se ha producido despido, sino que la falta de autorización y residencia del trabajado, le inhabilita para trabajar por no tener la capacidad que exige el art. 7.C) del Estatuto de los Trabajadores, de manera que no puede seguir prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada conforme al art. 6.3 y 1275 del Código Civil.

Finalmente señalar que la empresa no ha procedido a un despido disciplinario, y que aun de haberlo hecho no se podría estimar que ha prescrito la facultad sancionadora empresarial, y ello por dos motivos. El primero de ellos es que tal cuestión no puede ser examinada en el presente recurso ya que el recurrente no invoca ninguna norma sustantiva infringida al respecto, por lo que su recurso incumple en este punto los requisitos exigidos por el art. 191.c) en relación con el art. 194 LPL; y en segundo lugar, porque la rotundidad de la plazo de prescripción larga establecido en el art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores (en todo caso a los seis meses de haberes cometido) ha sido matizada por la Jurisprudencia, al objeto de evitar una hermenéutica del precepto que llevase a beneficiar al infractor y a premiar la clandestinidad de conductas continuadas, frente a hechos notorios y puntuales que pudieran resultar de inferior gravedad; y así se ha señalado que si bien el dies a quo comienza a correr con carácter general desde la comisión de los hechos, (SSTS 9 de febrero de 1987, 24/1989, 12 de marzo de 1990 y 16 de marzo de 1990), en el más concreto supuesto de pluralidad de hechos que corresponden al mismo tipo de infracción y en que media unidad de propósito, no procede aislar los hechos concretos en que se manifiesta —a los efectos de la prescripción— y el *dies a quo* para el cómputo del referido plazo no comienza a correr sino desde el último incumplimiento, en el que realmente se cesa a la indicada actitud, por voluntario apartamiento del trabajador (STS 15 de septiembre de 1988, 6 de octubre de 1988, 15 de septiembre de 1988, 6 de octubre de 1988, 11 de julio de 1989 y 21 de noviembre de 1989), porque la lesión jurídica no deja de producirse mientras permanece la situación ilegítima muy particularmente en los supuestos de ocultación. Doctrina ésta plenamente aplicable al caso de autos dada la falta de notificación del trabajador a la empresa, de la no renovación de su autorización de residencia y trabajo, que evidencia una actitud ocultista de aquél hacia ésta».

NOTA

En la primera Sentencia, STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2011, la empresa comunica al trabajador de nacionalidad colombiana la extinción de la relación laboral una vez que ha tenido conocimiento de que la autorización de residencia temporal y trabajo C/A 2 no ha sido renovada. El trabajador presenta ante los Juzgados de lo Social de Madrid demanda por despido, dictándose Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 40, en la que se declaran como hechos probados los siguientes:

1) El trabajador venía prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa desde el 14 de mayo de 2007; en el momento de la contratación, reunía los requisitos administrativos para trabajo de extranjeros.

2) El 22 de marzo de 2010, el trabajador solicita la renovación de la autorización de residencia y trabajo, que le fue denegada por re-

solución de la Delegación del gobierno de 12 de mayo de 2010 con causa en la existencia de 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.

3) Frente a dicha resolución administrativa, el trabajador interpuso recurso de alzada en fecha 16 de junio de 2010.

4) Con fecha 31 de mayo de 2010, la empresa remitió al trabajador comunicación escrita dando por extinguida la relación laboral en aplicación de la cláusula adicional unida al contrato de trabajo, en virtud de la cual «el contrato de trabajo se extinguirá sin necesidad de previo aviso cuando el trabajador incumpliese sus obligaciones en cuanto a la solicitud de prórroga o renovación del permiso de trabajo o autorización administrativa para trabajar o estos se extingan o sean revocados por cualquier causa, en cuyo caso el trabajador vendrá obligado a poner este hecho en conocimiento de la empresa en el momento en que se produzca, considerándose el contrato extinguido *ipso iure* desde la fecha de la extinción o revocación del permiso de trabajo o autorización para trabajar, sin perjuicio de la obligación de la empresa de abonar los servicios prestados por el trabajador por tiempo comprendido entre la extinción y la finalización efectiva de los servicios. La extinción contractual de esta forma operada no originará para el trabajador derecho a indemnización alguna».

La Sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta por el trabajador extranjero, declarando el despido improcedente y condenando a la empresa a abonarle una indemnización. Contra dicha Sentencia se interpone recurso de suplicación tanto por parte de la empresa como del trabajador.

Por su parte, la STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2011 conoce del recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Madrid de 1 de febrero de 2011, que declara improcedente un despido y condena a la empresa demandada a que opte entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o a indemnizarle, con abono, en todo caso, de los salarios de tramitación. El relato de los hechos no reviste complejidad. Se trataba de un trabajador que venía prestando servicios para una empresa desde el 28 de agosto de 2007, tras haber formalizado un contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo cuando contaba con la autorización de trabajo pertinente; dicha autorización fue renovada hasta el 31 de enero de 2010. En tiempo y forma, el trabajador presentó solicitud de renovación del permiso de trabajo, que fue denegada porque existían diligencias penales abiertas en su contra por un delito de violencia de género ante el Juzgado de Violencia núm. 2 de Madrid (si bien luego recae sentencia absolutoria). La empresa envía al trabajador una carta con fecha 25 de septiembre de 2010 comunicándole la extinción del contrato de trabajo con efectos desde esa misma fecha por no tener vigente la autorización de trabajo, pese a los requerimientos para que procediese a regularizar su situación. Consta que en el contrato de trabajo se había pactado una cláusula resolutoria con arreglo a la cual la falta de renovación de la preceptiva autorización de trabajo ponía fin a la relación laboral. En el momento en que se envía esta carta, estaba pendiente de resolución el recurso de alzada prestado por el trabajador contra la resolución denegatoria de la renovación de la autorización de trabajo.

En fin, en la STSJ Galicia de 21 de septiembre de 2011 resuelve un supuesto en el que se declara en instancia (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo) la procedencia de la decisión extintiva de la empresa que decide poner fin al contrato de trabajo suscrito con un trabajador extranjero que no ha renovado su autorización de residencia y trabajo, ni tal extremo se lo ha comunicado a la empresa.

Como se habrá comprobado, todos los pronunciamientos judiciales reseñados hacen referencia a la misma cuestión: los efectos que sobre el contrato de trabajo provoca la denegación de la renovación de la correspondiente autorización de residencia y trabajo y, en particular, cuando el trabajador extranjero ha presentado recurso de alzada contra la resolución gubernativa denegatoria.

Del examen conjunto de las tres sentencias pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1.ª El artículo 36.3 (hoy 36.5 LOEx) no es de aplicación a los supuestos en los que la ausencia de autorización administrativa se debe a la falta de renovación.

2.ª No es lo mismo carecer de autorización para trabajar o tenerla suspensa por causas no imputables a la voluntad del trabajador o por incumplimiento empresarial, que no tenerla o tenerla en suspenso por negligencia o actuación propia, esto es, por acto derivado de la propia voluntad del trabajador extranjero.

3.ª El mencionado precepto no preserva los derechos del extranjero siempre y en todo caso, sino que la salvaguarda se establece frente a actuaciones del empresario y en orden a exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, por tanto, su ámbito de aplicación se limitará a la ausencia de autorización administrativa inicial.

4.ª La falta de renovación de la autorización de trabajo no puede estimarse como una causa de ineptitud sobrevenida que obligue al empresario a acudir a un despido objetivo *ex* art. 52.a) del ET con obligación de pago de una indemnización, porque tal causa está prevista para el caso de que nos encontremos ante defectos no culpables de aptitud del trabajador, no cuando es el trabajador el que por su negligencia, esto es, mediando su voluntad, no gestiona adecuadamente su situación administrativa ni se lo comunica a la empresa.

5.ª La solicitud de renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena presentada por un trabajador extranjero no comunitario prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento, esto es, hasta la resolución administrativa que resuelve esta cuestión. La resolución administrativa que deniega la prórroga de la autorización de residencia y trabajo es ejecutiva, en tanto ningún órgano administrativo haya acordado la suspensión del mismo conforme a lo dispuesto en el art. 111.1 de la Ley 30/1992.

6.ª Consecuencia de lo anterior es que la empresa está facultada para activar la condición resolutoria prevista en el contrato de trabajo cuando por silencio administrativo negativo se considere desestimado el recurso de alzada interpuesto contra la resolución denegatoria de la renovación de la autorización de residencia y trabajo.

7.ª Sigue pendiente de resolverse de manera clara y contundente la discrepancia que existe en orden a si en el supuesto de declaración de la improcedencia del despido de un trabajador extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo, la condena ha de limitarse al abono de la indemnización correspondiente. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 40 de los de Madrid de 14 de octubre de 2010, así lo entiende. Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Madrid de 1 de febrero de 2011, condena a la empresa a que opte entre la readmisión o el abono de la indemnización. Sabemos que de la STS, unificación de doctrina, de 21 de junio de 2011 (véase núm. 28 de esta Revista), esa interpretación podía deducirse, pero hubiese sido deseable un pronunciamiento expreso al respecto.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Murcia**
Fecha: **19 de diciembre de 2011**
Procedimiento: **Recurso de apelación 324/2011**
Ponente: **Dña. Leonor Alonso Díaz-Marta**
Voz: **Autorización de residencia y trabajo: renovación: acreditación de arraigo**

Resumen: «PRIMERO.—El Juzgado de instancia estima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la desestimación del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia de 26 de mayo de 2008, que deniega al recurrente la solicitud de renovación de permiso de trabajo y residencia, tramitada en el expediente n.º […], por figurar incorporado al expediente informe gubernativo desfavorable a la concesión de la renovación solicitada, al encontrarse encartado el solicitante en la Ejecutoria 743/2007, seguida en el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Murcia, procedente de Diligencias Urgentes Juicio Rápido n.º 20/2007, incoadas por el Juzgado de Instrucción n.º 6 de Murcia, por un delito de hurto, condenado a 4 meses de prisión, encontrándose a la fecha de la resolución referida en situación de suspensión.

Llega el Juzgado de Instancia a tal conclusión por entender que, al constar en el Expediente certificado del Secretario del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Murcia de 13 de mayo de 2008, según la cual había obtenido la suspensión de la condena por el plazo de dos años y que había satisfecho la indemnización impuesta, archivándose el procedimiento, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido de casi cuatro años sin que haya reincidido en el delito, junto con el acreditado arraigo familiar y laboral en España, el interesado es merecedor de la obtención de la renovación del permiso que tiene solicitado.

El Abogado del Estado apelante funda su recurso entendiendo que la interpretación del art. 53.1.i) del RD 2393/2004, no admite la interpretación sostenida en la sentencia apelada; y que la existencia de informe gubernativo desfavorable es elemento suficiente para conllevar la denegación de la renovación de los permisos solicitados, por cuanto el recurrente ha demostrado de manera fehaciente su falta de respeto hacia los intereses públicos protegidos por la normativa de extranjería, así como su inadaptación a la sociedad en la que pretende integrarse y a los principios constitucionales que la sustentan.

La parte apelada se opone al recurso, adhiriéndose a los argumentos de la sentencia apelada; añadiendo que se trató del primer delito, que fue contra el patrimonio y de escasa trascendencia, que se le impuso una pena de escasa entidad, que se ha extinguido la responsabilidad criminal; añade que viene residiendo de forma legal en España de forma continuada, que tiene continuidad laboral y vínculos familiares con residentes legales y españoles.

SEGUNDO.—Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, ya que no se introduce en el presente recurso de apelación ningún argumento, prueba o dato que permita hacer consideraciones desde perspectiva diferentes a la efectuada por el Juzgado en la sentencia apelada, debiendo ser acogida totalmente su argumentación de inútil reiteración aquí.

El Real Decreto 2393/2004, regula la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en su artículo 54, estable-

ciendo textualmente en el apartado 9 del citado precepto que "Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena".

En consecuencia, procede confirmar la sentencia apelada que anula las resoluciones recurridas, por cuanto como acreditó el recurrente había obtenido la suspensión de la condena por el plazo de dos años y había satisfecho la indemnización impuesta, archivándose el procedimiento; así mismo consta certificado del mismo Juzgado de 3 de noviembre de 2009, en el que se certifica que la pena de cuatro meses de prisión está en trámite de remisión definitiva, y que la indemnización fue satisfecha en su totalidad. Todas estas circunstancias ni siquiera fueron valoradas en la resolución recurrida, y unido a que no consta que haya reincidido en el delito, junto con el acreditado arraigo familiar y laboral en España, llevan a concluir que el interesado es merecedor de la obtención de la renovación del permiso que tiene solicitado. Por tanto, deberá la Delegación del Gobierno proceder a la renovación del permiso».

NOTA

Las Sentencias seleccionadas para el presente número de la Revista tienen como denominador común la sencillez de los hechos, datos y doctrina sobre un aspecto especialmente relevante en el régimen de la extranjería laboral como es el de la renovación de la autorización de residencia y trabajo. Difieren en que las dos primeras llevan a cabo una interpretación flexible de los requisitos legales, que a todas luces es bienvenida, mientras que la tercera y última aplica con rigor el texto literal de la norma.

Uno de los principales motivos de denegación de la renovación de las autorizaciones administrativas es la circunstancia de que el extranjero cuente con antecedentes penales. El artículo 54.9 del Reglamento de 2004 establecía que «Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena». En el supuesto que ahora nos ocupa, el recurrente había obtenido la suspensión de la condena por el plazo de dos años y había satisfecho la indemnización impuesta, circunstancias que ni siquiera han sido tenidas en cuenta o valoradas en la resolución denegatoria. Si a ello se suma la circunstancia de que el extranjero acredita arraigo en España, no puede por menos que en una interpretación flexibilizadora de la normativa, se declare la procedencia de la renovación del permiso.

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **27 de enero de 2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación núm. 50/2011**

Ponente: **Dña. Consuelo Uris Lloret**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena: renovación: búsqueda activa de empleo**

Resumen: «PRIMERO.—La sentencia apelada estima el recurso contencioso-administrativo formulado por la recurrente y anula la resolución impugnada, consistente en resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 11 de febrero de 2010, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 12 de junio

de 2008. Mediante este acto se denegó la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena solicitada por la recurrente por no quedar acreditada la realización habitual de actividad laboral por cuenta ajena durante el período de vigencia del anterior permiso.

La sentencia apelada tiene en consideración que los días cotizados durante el período de vigencia del anterior permiso superan el mínimo de tres meses previsto en el n.º 4 del artículo 54 del RD 2393/2004. Y en cuanto al requisito exigido en el apartado b) de dicho precepto, razona el Juzgador de instancia que la interesada aportó, a requerimiento de la Administración, justificante acreditativo de haber figurado como demandante de empleo durante seis meses en una empresa de trabajo temporal, sin que la Administración hiciese objeción alguna. Se añade en la sentencia que aún cuando no se acredita la búsqueda activa de empleo en la forma requerida por el Reglamento, desde el punto de vista sustantivo se acredita que la recurrente ha buscado activamente empleo en la forma que ha entendido que podría ser más eficaz para conseguirlo.

Se interpone por el Abogado del Estado recurso de apelación, alegando que la normativa referida exige una acreditación de la búsqueda de empleo mediante la participación en acciones formativas o programas de inserción sociolaboral, en entidades públicas o privadas subvencionadas, sin que pueda la Administración sin incurrir en ilegalidad aceptar documentación distinta. Y ello no supone una interpretación rigurosa de la ley, sino una aplicación de la misma.

La parte apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación solicita la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios argumentos.

SEGUNDO.—Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no sean modificados por los de la presente.

Como ya se ha expuesto, en la sentencia apelada, se tiene en cuenta que la recurrente buscó de forma activa empleo. Y si bien no lo hizo en la forma exigida por el artículo 59.4 del Reglamento de la Ley de Extranjería valora también el Juez de instancia otras circunstancias concurrentes en la misma, como son que el esposo de aquella y sus hijos residen legalmente en España y que ha prestado servicios por cuenta ajena para varios empleadores, para concluir que se infiere de todo ello una decidida voluntad de integrarse y trabajar en España, pese a las dificultades que presenta el mercado laboral. Esta interpretación flexible ha de ser compartida por esta Sala, pues en definitiva lo que se persigue con la norma es que el extranjero trabaje o intente de forma activa trabajar durante el período de vigencia del anterior contrato, de tal modo que la autorización precedente haya cumplido la finalidad para la que se otorgó. Ello ha sido así en el caso enjuiciado, como se desprende de las circunstancias de la interesada y que son debidamente valoradas en la sentencia de instancia, por lo que procede su confirmación».

NOTA

Hemos asistido, a lo largo de los sucesivos reglamentos de desarrollo de la Ley de Extranjería (2001, 2004, 2011), a cómo a pesar de mantener la exigencia de un tiempo mínimo de cotización a la Seguridad Social se han ido introduciendo algunos otros criterios de flexibilización para los supuestos en los que el extranjero, por circunstancias relevantes y atendibles para el ordenamiento jurídico, no hayan podido alcanzar los períodos mínimos exigidos de mantenimiento en alta en Seguridad Social y su correspondiente cotización.

No cabe duda de que el supuesto ideal —y así lo entiende el legislador— para la renovación de la autorización de residencia y trabajo es la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende; pero no siempre sucede así, hay sectores y actividades en los que la temporalidad y la rotación es lo habitual, por lo que se introduce el elemento flexibilizador de exigencia de un período menor de cotización. La crisis económica y la destrucción de empleo aumenta significativamente los supuestos en los que la continuidad de la relación laboral no es la regla general, sino la excepción y cualquier interpretación que dulcifique la interpretación literal de las exigencias legales será bienvenida.

En el supuesto que ahora nos ocupa, el trabajador extranjero había prestado servicios a favor de varios empleadores, y al encontrarse en situación de desempleo había figurado como demandante de empleo durante seis meses en una empresa de trabajo temporal (ETT), que si bien no es la forma requerida por el Reglamento de 2004 para acreditar la «búsqueda activa de empleo», esto es, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas, sí revela la intención e interés del trabajador en reincorporarse al mercado laboral.

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **20 de enero de 2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación 504/2010**

Ponente: **Dña. Consuelo Uris Lloret**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena: renovación: búsqueda activa de empleo**

Resumen: «PRIMERO.—La sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por el recurrente contra la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 4 de marzo de 2010, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 10 de de septiembre de 2008. Mediante este acto se denegó la renovación de la autorización de residencia y trabajo solicitada por el recurrente por no quedar acreditada la realización habitual de actividad laboral por cuenta ajena durante el período de vigencia del anterior permiso.

La sentencia apelada tiene en consideración que en el tiempo de vigencia de la autorización para trabajar cuya renovación se pretendía no figura cotizado día alguno en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, y sólo estuvo de alta en demanda de empleo en el Servicio Regional de Empleo y Formación el día 4 de enero de 2008, por lo que el actor no cumplía los requisitos contemplados en el artículo 54.3 y 4 del RD 2393/2004.

Alega el apelante para fundamentar el recurso de apelación que ha estado cierto tiempo sin trabajar, pero este hecho está justificado pues en el tiempo de vigencia del anterior permiso padeció graves enfermedades que le impedían realizar una actividad laboral, y que han determinado el reconocimiento de un grado de minusvalía del 65%. Pese a ello su intención es la de trabajar y tiene un contrato de trabajo como etiquetador pendiente para su inicio de que se le conceda la autorización. Añade que en la actualidad está viviendo en Molina de Segura (Murcia) con sus padres, residentes legales.

La parte apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación solicita la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios argumentos.

SEGUNDO.—Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no sean modificados por los de la presente.

No niega el recurrente la falta de concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 54 del citado RD para la renovación de la autorización al trabajador, justificando su imposibilidad de trabajar en haber estado enfermo. Sin embargo, el precepto en cuestión no contempla tal supuesto de no realización de actividad laboral alguna durante el tiempo de vigencia del contrato por causa de enfermedad. Por tanto, la resolución recurrida es conforme a derecho, sin perjuicio de que, como se señala en la misma y se reitera en la sentencia apelada, las circunstancias del interesado le permitan solicitar otro tipo de autorización de residencia y trabajo».

NOTA

En este supuesto, el recurrente, trabajador extranjero que pretende la renovación de la autorización de residencia y trabajo, no acredita

cotización alguna en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social durante el tiempo de vigencia de la autorización para trabajar, y tan sólo estuvo de alta en demanda de empleo en el Servicio Regional de Empleo y Formación un día.

Sin duda alguna, el trabajador extranjero incumple radicalmente los requisitos que el artículo 54 del Reglamento de 2004 exige para la renovación de la autorización de residencia y trabajo, ni siquiera los que de forma dulcificada y flexibilizadora prevé para los supuestos en los que la cotización no alcanza los mínimos legales.

Del texto recogido en la Sentencia que ahora se reseña no puede deducirse información detallada de las circunstancias concurrentes en el supuesto debatido, pero sí que quisiéramos llamar la atención del hecho que el apelante invoca para justificar ese extremo, y es que ha padecido graves enfermedades —que han determinado el reconocimiento de un grado de minusvalía del 65%— que le han impedido trabajar. Hay circunstancias como la enfermedad u otras causas de suspensión del contrato, como pudiera ser una excedencia para cuidado de hijos, en las que resulta imposible acreditar los períodos —total o parcialmente— de cotización mínimos, pero que pueden justificar, no obstante, la procedencia de la renovación de la autorización de residencia y trabajo.

En línea con esa tendencia flexibilizadora que venimos advirtiendo en los sucesivos desarrollos reglamentarios de la Ley de Extranjería, el RD 557/2011 da un paso más al establecer, en su artículo 71.5, que se valorará, en su caso, previa solicitud de oficio de los correspondientes informes, el «esfuerzo de integración del extranjero acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma» del lugar de residencia del extranjero. Esperemos que esta posibilidad se aplicada por la Administración en supuestos tales como enfermedad en los que el cumplimiento de las exigencias de cotización o de participación activa en acciones de búsqueda de empleo se ven en la práctica limitadas o dificultadas.

DERECHO PENAL

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: promoción del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Elementos típicos. Naufragio de patera. Homicidio imprudente. Presunción de inocencia. Coautoría: comportamiento de carácter esencial para la comisión y perfeccionamiento de los delitos. Patrón de la embarcación. Inadmisión del recurso.

Tribunal: **Auto del Tribunal Supremo**

Fecha: **20 de octubre de 2011**

Recurso de Casación: **189/2011**

Ponente: **D. Juan Saavedra Ruiz**

Voz: **Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Homicidio: patrón de patera**

Alega el recurrente en un extenso desarrollo del motivo que no ha existido prueba de cargo suficiente, y tras su exposición resume la denuncia que formula sobre vulneración del derecho a la presunción de inocencia en tres extremos: que se ha considerado válida la identificación fotográfica llevada a cabo por los testigos, que se ha considerado válida la identificación posterior efectuada mediante diligencia de reconocimiento en rueda y la llevada a cabo en prueba anticipada ambas posteriores al reconocimiento fotográfico y que se ha tomado como única prueba el testimonio de los perjudicados que no reúne los requisitos jurisprudencialmente establecidos

para dotarla de entidad suficiente como prueba de cargo.

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe desestimarse cuando se constate la existencia en el proceso de esa prueba de cargo, susceptible de proporcionar la base probatoria necesaria para un pronunciamiento de condena, es decir, cuando se dé el presupuesto necesario para que la Sala de instancia pueda formar su convicción sobre lo acaecido. A partir de esa premisa la ponderación del resultado probatorio obtenido, valorándolo y sopesando la credibilidad de las distintas pruebas contradictorias corresponde únicamente al Tribunal que presenció la prueba de cargo, a través del correspondiente juicio valorativo, del que en casación solo cabe revisar su estructura racional, es decir, lo que atañe a la observancia en él por parte del Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, principios de experiencia o los conocimientos científicos (STS 24 de noviembre de 2008). La prueba sobre el reconocimiento en rueda no la constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el testimonio del identificador en el plenario ante el Tribunal de instancia, la diligencia de reconocimiento en rueda, aún cuando se practique a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario y del Letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido a juicio oral el reconociente y a presencia del Tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación. Sólo en dicho acto alcanzan plenitud de significación los principios de inmediación y contradicción, el interrogatorio a los testigos presenciales se extiende al reconocimiento del acusado como partícipe en el hecho penal y puede servir, y en la práctica sirve, sin duda, para que quien haya de juzgar decida sobre la propia credibilidad del testimonio (STS 10 de febrero de 2010).

(…)

Y en tanto que el hecho probado narra cómo el 15 de febrero de 2009 fue avistada en la costa de Teguise una patera en la que viajaron 31 personas que habían zarpado de las costas de Marruecos en la madrugada del 13 de febrero de 2009, patroneada por los acusados Adrian y Avelino con intención de transportar clandestinamente y a cambio de dinero a marroquíes hasta la costa española, y con el mismo propósito actuó el recurrente que como organizador del viaje cobró las cantidades que pagaron los inmigrantes, estableció el día de salida y lo relativo al agrupamiento, alojamiento y transporte de aquéllos en Marruecos para su posterior embarque en la patera a la que ayudó a zarpar, labores en que era ayudado por Hilario; el recurrente empujó la barca pero no embarcó ese día sino posteriormente en otra patera que salió el 20 de junio de 2009 siendo detenido y juzgado por ello y condenado, al parecer, por patronear la embarcación. Y añade, entre otros extremos, el hecho probado, y de forma que aquí se muestra sólo resumida, que la embarcación era totalmente inadecuada parauna travesía con transporte de personas a través del océano, que las condiciones del transporte eran inhumanas y sus ocupantes pasaron mucho frío y miedo, así como que la barca finalmente volcó, pereciendo a consecuencia de ello 24 personas, al menos nueve de ellas menores de edad.

El relato de hechos narra lo que sin duda supone una promoción del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas prevista en el art. 318 bis 1 y 3 junto a 25 delitos de homicidio por imprudencia grave; como su mera lectura revela, muestra la correcta calificación del delito y la falta de fundamento del motivo que, en realidad, muestra de nuevo la discrepancia del recurrente con su condena.

(...)

El acusado ha sido condenado como autor del delito previsto en el art. 318 bis 1 y 3 y los 25 del art. 142.1 CP. Y ello porque en los hechos probados se describe un comportamiento de carácter esencial para la comisión y perfeccionamiento de ambos; el recurrente patroneaba la embarcación con intención de transportar clandestinamente y a cambio de dinero a marroquíes hasta la costa española, por lo que se le atribuye la promoción de la inmigración clandestina, con evidente ánimo de lucro —sea cual fuere su extensión— y con víctimas menores de edad así como con obvia puesta en peligro de la vida o integridad de los viajeros. Y es innegable que al

patronear el recurrente la patera carente de medidas de seguridad, de las mínimas condiciones para navegar y realizar la travesía de autos, con un número excesivo de viajeros, sin medios de auxilio y en la forma que detalla el hecho probado «Adrian cogió el motor esperando las indicaciones de Avelino que le decía "tira", Adrian le hizo caso (...) y al acercarse más a la costa la patera se subió en una roca y al subirse se quedó la proa levantada y la popa con el peso de la gente más baja (...)», «en ese momento una ola llenó la barca de agua todo el mundo se puso de pie chillando con mucha confusión y ahí se dio la vuelta la embarcación siendo arrastrada mar adentro», «el único instrumento del que los dos patrones disponían para la navegación era una brújula», su conducta integra el tipo del art. 142 CP.

Dice el Tribunal que los acusados sabían cuando emprendieron el viaje que lo hacían en una patera con una abultada cantidad de menores, sin elementos de seguridad, con poca o nula estabilidad, de dimensiones reducidas para transportar a 31 personas, sólo disponían de una brújula, nadie fue dotado de chaleco salvavidas, las condiciones climáticas fueron realmente adversas, la elección de las horas nocturnas para la llegada es otro serio obstáculo para las labores de rescate.

Y finalmente, la pena impuesta de 7 años por el delito del 318 bis obedece a la concurrencia de varias de las circunstancias —una sola basta— de la agravación del apartado 3, y para los delitos de homicidio se ha impuesto la —mínima— de 1 año. Aunque la propia sentencia explica en el FJ 10.º que el cumplimiento efectivo se limita por las reglas del art. 76 CP.

A la vista de todo ello es claro que no ha habido infracción legal alguna en la calificación de los hechos para la condena del recurrente.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Funcionario del CNP que, aprovechando esta condición, trasportaba ilegalmente a inmigrantes a través de la frontera. Diligencia de reconocimiento del posible autor del delito: adecuación de la práctica de la diligencia. Delito continuado: resumen de la doctrina jurisprudencial para su inaplicación. Ánimo de lucro y prevalencia de la condición de funcionario.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga**

Fecha: **25 de noviembre de 2011**

Procedimiento Abreviado: **29/2011**

Ponente: **D. José Luis Martín Tapia**

Voz: **Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Funcionario que introduce ilegalmente extranjeros**

Justo, nacido el 23 de junio de 1957, sin antecedentes penales y funcionario de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía, que desde hace dos años venía prestando los servicios propios de esta Fuerza de Seguridad en las fronteras con Marruecos existentes en esta ciudad, conocidas como Beni-Enzar y Barrio Chino, desde fechas no especificadas del año 2010, cuando se encontraba franco de servicio, de forma habitual se desplazaba al país vecino conduciendo el vehículo marca Peugeot, modelo 3008, con placas de matrícula ....YFQ y de color azul oscuro, saliendo por la primera de las indicadas fronteras utilizando el carril de entrada a Melilla (E-1), lo que le era permitido por sus compañeros de Guardia Civil y Policía por pertenecer al Cuerpo antes indicado, evitando de este modo tener que guardar colas de espera. A la vuelta, casi siempre sobre algo más de una hora y media después, volvía a entrar, utilizando ya el carril de entrada normal. Una vez accedía a los puestos de control ninguno de sus compañeros sometía jamás al vehículo referido a una exhaustiva fiscalización, limitándose a comprobar el interior a través de los cristales de las puertas, salvo en alguna ocasión en que le hicieron abrir

el maletero, sin que tampoco en éstas lo registraran a fondo y ello debido a la confianza que tenían con el acusado, extremo éste del que era perfecto conocedor éste.

Aprovechando esta circunstancia, decidió pasar inmigrantes subsaharianos que carecían de documentación para entrar en nuestro país a cambio de dinero. Para ello, se puso de acuerdo con otra u otras personas no identificadas en la ciudad marroquí de Nador, las cuales se encargaban de captar a tales inmigrantes, a los que aseguraban que pasarían la frontera española sin dificultad, diciéndoles unas veces que la persona que los llevaría tenía influencia para ello y otras que se trataba de un policía español. Cuando el candidato mostraba su conformidad le entregaba el precio convenido que luego repartiría con el acusado en proporción no acreditada y a continuación, se desplazaban en un vehículo a las inmediaciones de dicha ciudad o a una zona boscosa próxima a la misma donde poco después y tras ser avisado por ese agente, se presentaba el acusado a bordo del vehículo antes referido, aparcándolo en dicho lugar procediendo a introducir rápidamente al inmigrante en el espacio que el maletero trasero del vehículo tenía habilitado para portar la rueda de repuesto— (que unas veces llevaba fuera del mismo y otras no llevaba)— de forma circular y de dimensiones de 62×71×20 centímetros (folio 96), tapándolo a continuación con las dos bandejas superpuestas de que está dotado de fábrica ese recinto. Seguidamente el acusado emprendía el regreso a Melilla, accediendo a la frontera en la forma antes referida y pasando siempre los controles de fiscalización rutinaria y liviana que también ha quedado antes indicada, charlando incluso con sus compañeros de servicio en la misma. Una vez atravesado el puesto fronterizo —siempre el de Beni-Enzar— se adentraba en la ciudad para dirigirse a un lugar discreto elegido, donde rápidamente abría el maletero, haciendo salir al inmigrante, que buscaba acogida en el CETI, marchándose el acusado seguidamente.

(...)

En primer lugar, a juicio de esta Sala, queda fuera de toda duda que el autor de estos hechos ha procedido con un evidente ánimo de lucro (n.º 2 del art 318 bis CP), lo que se desprende inequívocamente de las declaraciones de esos seis inmigrantes introducidos ilegalmente en Melilla. Todos sin excepción manifiestan haber satisfecho la cantidad de dinero que cada uno relata —(2.600 euros Fausto; 800 euros Octavio; 600 euros Zaira; 550 euros Juan Alberto; 1.500 euros Clemente y 500 euros Julio)—. Todos ellos coinciden en afirmar que se ponían en contacto con una de las personas que refieren; que era el que las proponía el viaje a Melilla, los llevaba al lugar donde habían de ser introducidos en el vehículo que los habría de transportar a Melilla, y luego, junto con el conductor, los introducía en el habitáculo del maletero del vehículo en cuestión —siempre el mismo, según veremos más adelante—. Eso sí, pagando previamente la cantidad estipulada con dada uno de ellos que ha quedado antes indicada; que, aunque es cierto que ninguno de los mismos entregó al acusado, sin embargo, no lo es menos, que siguieron para ello el procedimiento normal que enseña la experiencia: pagar a la persona que los prepara para pasar y, asegurado así el pago, luego ésta contacta con la que ha de introducirlos, con el que reparte tales cantidades, pues la lógica mas elemental rechaza que el conductor vaya a realizar ese transporte e introducción, de los mismos, con el consiguiente riesgo al pasar la frontera, de forma altruista o gratuita.

En segundo lugar, entiende el Ministerio Fiscal que concurre el subtipo agravado previsto en el n.º 3 del artículo 318 bis CP, lo que está Sala comparte. Y es que, como el mismo acusado ha admitido y está acreditado sobradamente además por testimonios de los Oficiales y Agentes de la Guardia Civil que hoy han testificado en el Plenario, el mismo era Funcionario de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía, que viene prestando sus servicios como tal precisamente en los puestos fronterizos de Melilla de Beni-Enzar y Barrio Chino, al que conocen todos los demás Funcionarios de su mismo cuerpo y del de la Guardia Civil que hoy han declarado y que en ese mismo lugar prestan los suyos en la misión o misiones que cada uno tiene encomendada para el control de personas en tales fronteras y la fiscalización de vehículos (...).

Por esta circunstancia, según tales testigos, tenía facilidad para salir desde Melilla a Ma-

rruecos utilizando el carril especial descrito en la relación fáctica y sobre todo, luego, cuando regresaba de nuevo a Melilla, aunque se detenía ante la Guardia Civil para la fiscalización de su coche, sin embargo, según testimonio de los propios Agentes de este cuerpo, se limitaban a mirar por los cristales de las puertas del vehículo y sólo en una ocasión, de las innumerables en las que pasó la frontera de Beni-Enzar de regreso a Melilla, le levantaron el portón del maletero, sin llegar a inspeccionar su interior. Dicho en otras palabras, los Agentes fiscalizadores que confiando en la calidad de la Policía Nacional del acusado, al que conocían como compañero al haber coincidido con ellos en la prestación de su servicio en esa frontera, lo dejaban pasar sin dificultad alguna siempre, pues no podían esperar que llevara oculto a ningún inmigrante ilegal. Y de ello, era plenamente consciente el acusado. De ahí que el intermediario que actuaba en cada caso, también dijera a dichos inmigrantes, que no correrían riesgo alguno al pasar la frontera, porque los iba a pasar una persona con influencia y otras veces que una autoridad marroquí o un policía de Melilla. Tan ello es así, que tal rumor llegó hasta la provincia de Oujda, lejana de la capital Nador.

Siendo ello así, no cabe duda de que el acusado se prevalió de su condición de Agente o Funcionario de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía para llevar a cabo tales hechos, lo que aboca en la estimación de la concurrencia de este subtipo agravado.

(...)

Pues bien, proyectando esa doctrina a nuestro caso, resulta que, como antes se dijo, en el espacio temporal de un mes, aproximadamente (dos días menos) se llevó a cabo la introducción ilegal de esas seis personas —(el supuesto de hecho contemplado en esa sentencia se desarrolló desde finales de 2003, hasta diciembre de 2006)— parece claro que tales actos han tenido lugar sin solución de continuidad, no desprendiéndose de las circunstancias concurrentes que haya existido una interrupción en esas actuaciones que pudiera justificar su punición separada y que, como dice la sentencia, conllevaría la aplicación del artículo 74 del Código Penal, lo que nos lleva a no acoger esta pretensión del Ministerio Fiscal.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Tipo agravado: ánimo de lucro. Conocimiento de la entrada ilegal y clandestina en el territorio nacional usando un documento de identificación falsificado. Obtención de la documentación falsa a cambio de contraprestación. Agresión sexual. Delito continuado de falsedad documental. Presunción de inocencia. Dilaciones indebidas: concepto indeterminado. Requisitos para su apreciación. Atenuación. Vicio de incongruencia: repaso de la doctrina constitucional. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **29 de noviembre de 2011**

Recurso de Casación: **189/2011**

Ponente: **D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Voz: **Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ánimo de lucro**

El recurrente ha sido condenado en la sentencia impugnada como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis.1 a la pena de cuatro años de prisión. En la sentencia se declara probado que en octubre de 2005, en fecha prefijada, y junto con Luis Ángel, se encontró en Marruecos con Macarena, a la que Luis Ángel, que había recibido de Macarena 6.000 euros, entregó un pasaporte, cruzando el recurrente la frontera española con ella y otras dos mujeres, a las que recogió ya en España conduciéndolas hasta Sanet y Negrals,

donde la referida se instaló en el domicilio de Luis Ángel. Igualmente se declara probado que en marzo de 2006 Luis Ángel recibió de Valentina la cantidad de 6.000 euros para que la introdujera en España. Luis Ángel le entregó un pasaporte en Tánger, entrando en España por la frontera de Algeciras, donde la esperaba el recurrente, que la trasladó hasta Sanet y Negrals, donde se alojó en casa de Luis Ángel. En los hechos probados nada se dice respecto a que el recurrente acompañara a las dos mujeres en la realización de los trámites para la legalización de su estancia en España.

El elemento fundamental para la valoración jurídico penal de la conducta declarada probada e imputada al recurrente, respecto al artículo 318 bis.1 del Código Penal, es el conocimiento respecto del carácter ilegal y clandestino de la entrada de ambas mujeres en territorio español, en cuanto que lo hacían provistas de documentación que no correspondía a su identidad real, según se razona en la sentencia, o bien en cuanto que sabían, y esa era la razón de suentrada, que una vez en España se les proporcionaría documentación falsa que les permitiera la estancia con apariencia de legalidad.

En la fundamentación jurídica se razona que ayudó a las ciudadanas marroquíes a cruzar el estrecho, custodiándolas, cruzando en el mismo barco que ellas, recogiéndolas en territorio español y llevándolas hasta Sanet y Negrals; que las acompañó a realizar gestiones para obtener documentación; y que vivía en el domicilio de Luis Ángel y viajaba con él a Marruecos con asiduidad, estando al tanto de sus negocios.

Aunque parte del razonamiento no coincide con los hechos probados, pues en estos nada se dice respecto a que el recurrente ayudara a las mujeres a obtener documentación falsa una vez en España, la conclusión del tribunal respecto al conocimiento de la clandestinidad o ilegalidad de la llegada a España de las dos mujeres debe considerarse razonable, pues se basa en la relación del recurrente con Luis Ángel, ya que era pariente de su esposa, vivía con ellos y les ayudaba en sus actividades; en el hecho de que ambas mujeres fueron alojadas en la misma casa de Luis Ángel, viviendo por lo tanto junto a ellas durante una parte de su estancia en España; en que la recogida y el traslado de ambas mujeres lo efectuó siguiendo instrucciones de aquel; y especialmente en la repetición de la conducta.

(...)

En lo que se refiere al delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros, constan acreditados sin que se discutan en el motivo, algunos elementos objetivos. Así, que el recurrente recibió en su domicilio a dos mujeres procedentes de Marruecos con las que antes no aparece acreditada relación alguna; que les facilitó datos suficientes para obtener documentación falsa y que las acompañó en la realización de los trámites. Del mismo modo, aparece acreditado que dichas mujeres fueron directamente desde la frontera de Algeciras hasta el domicilio del recurrente, trasladadas por un pariente de la mujer de éste, y que con anterioridad no existía entre ellos ninguna relación personal.

De estos elementos es posible deducir, como hace el tribunal de instancia, que las referidas mujeres entraron en España de forma ilegal, pues sin cumplir las exigencias legales para ello, lo hicieron con la finalidad de permanecer en el país sobre la base de la promesa realizada a cambio de dinero por el recurrente relacionada con la facilitación temporal de domicilio y de documentación de una identidad falsa que asegurara su estancia. Tal promesa, realizada con anterioridad al viaje, y acreditada por la conducta posterior, supone una acción de favorecimiento y facilitación de la inmigración clandestina, en tanto que se orienta a permitir la llegada ilegal de personas con apariencia de legalidad.

En cuanto al ánimo de lucro, la conclusión del tribunal es razonable, en tanto que no se explica la ayuda a personas desconocidas, hasta el punto de facilitarles la obtención de documentación a nombre de una hija del recurrente, ya fallecida, y de un familiar de su esposa, si no es a cambio de una contraprestación, lo que corrobora la declaración de ambas mujeres en el sentido del previo pago de una cantidad.

Respecto al delito de falsificación, está acreditado que las nuevas identidades eran las de una hija ya fallecida del recurrente en un caso y de una pariente de su mujer en el otro, datos facilitados por el recurrente, de donde se despren-

de la existencia de una cooperación esencial a la ejecución, y ha sido aceptado por el recurrente que las acompañó en la realización de trámites administrativos para ello.

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Entrada regular en España y ejercicio de trabajo por cuenta ajena sin los preceptivos permisos administrativos. Necesidad de un plus de antijuridicidad: Peligro abstracto relevante y grave para los derechos de los extranjeros. Bien jurídico protegido: Interpretación para ofrecer al emigrante que busca una integración social con total ejercicio de las libertades públicas. Tráfico ilegal de personas: En todos los supuestos de traslado de personas de forma ilícita. Entrada ilegal en España: Enumeración de las formas ilegales de entrada. Desestimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria de instancia.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **14 de diciembre de 2011**

Recurso de Casación: **925/2011**

Ponente: **D. Juan Ramón Berdugo de la Torre**

Voz: **Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros**

Del resultado y apreciación conjunta de la prueba practicada se considera probado y así se declara que:

Primero.—El acusado Inocencio, mayor de edad, nacido el 21 de abril de 1969, con DNI (...) y sin antecedentes penales, es el propietario y administrador único de la empresa denominada (…) cuyo principal objeto social es la hostelería, sección de restauración. Bajo esa denominación se agrupaban los restaurantes llamados (...), dedicados respectivamente a la comida mejicana, tailandesa brasileña y que estaban situados en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria. El acusado, con la finalidad de hacerse con personas procedentes de esos países que pudieran prestar sus servicios en sus restaurantesde Gran Canaria, o bien se desplazaba a Brasil, Tailandia o Méjico o bien contactaba telefónicamente a través de extranjeros que ya se encontraban en Gran Canaria haciéndose finalmente con aquellos especialistas en dichas cocinas facilitándoles su llegada a España de forma que les pagaba los billetes de avión desde sus países de origen así como el alojamiento durante los tres meses que duraba su estancia legal en España, prometiéndoles que una vez pasados esos tres meses regularizaría la situación de éstos en España, lo que tenía lugar con carácter habitual. El acusado era plenamente consciente de los trámites administrativos que necesitaba realizar para contratar a un extranjero en España.

(...)

El recurso, tras realizar una amplia y detallada exposición de la evolución legislativa de delito del art. 318 bis introducido por LO 4/2000 de 11 de enero y modificado posteriormente por LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social de los extranjeros; por LO 13/2007 para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; y finalmente por LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP; que suprimió el apartado 2, renumerando los apartados 3, 4, 5 y 6, que pasaron a ser 2, 3, 4,5 y se modificaron los resultantes apartados 2 y 4, analiza el bien jurídico protegido en el delito de referencia y los elementos objetivos y subjetivos para concluir que los argumentos del tribunal sentenciador para fundar un fallo disolutorio no son ajustados a derecho, dado que en la sentencia recurrida consta que el acusado era un empresario de una cierta entidad, propietario de tres restaurantes, con diecisiete trabajadores —en el momento en el que se realizó un registro— y plenamente consciente de los trámites administrativos que necesitaba realizar para contratar a un extranjero en España. Y que, en

los casos descritos en los hechos probados, optó por contratar a ciudadanos extranjeros, tenerlos trabajando durante un tiempo como mínimo los tres meses que podían estar en condición de turistas sin regularizar su situación, y a continuación decidir si les facilitaba billete de regreso a su país o comenzaba a realizar las gestiones para regularizar su situación.

Es evidente que la forma de proceder del acusado ha infringido los derechos de esos ciudadanos que, sin perjuicio de que por razones personales quisieran venir voluntariamente a trabajar a España, el hacerlo en la forma dispuesta por el acusado les ha supuesto el verse privados de los derechos que, en el caso de haber actuado conforme a la legalidad, los hubiesen correspondido (derecho a la libertad de circulación, al trabajo y a la Seguridad Social, a la asistencia sanitaria, etc). Los cuatro ciudadanos extranjeros a los que el acusado facilitó la venida a España tuvieron desde el primer momento la condición de ilegales o «sin papeles» con las negativas consecuencias de todo tipo que ello implica, después, a voluntad del acusado, debían o bien regresar a su país, o bien permanecer en España en situación de irregularidad.

(...)

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 (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, 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.

(...)

En el caso presente está acreditado que los extranjeros a que se refiere el escrito de acusación entraron en territorio español con billetes de avión proporcionados por el acusado por las vías normales y ordinarias de entrada, con alojamiento pagado los tres primeros meses y un trabajo como cocinero en restaurantes de Inocencio, con sueldo entre 900 y 1.250 euros mensuales, que el acusado, por regla general, regularizaba la situación administrativa de todos y cada uno de sus trabajadores (...), y de hecho en relación a Víctor, tras regresar a Brasil con la promesa del acusado de regular su situación en España formulando la correspondiente oferta de empleo en origen, éste obtuvo la resolución administrativa de residencia y trabajo expedida por la Delegación de Gobierno el 25 de abril de 2008 y procedió a comprar el billete de avión a Víctor para que entrara y trabajara regularmente en España, y con respecto a Edmundo y su esposa Isidora —que entró en España con una carta de invitación ante Notario en la que el acusado se comprometía a hacerse cargo de la misma durante 3 meses, pero que no fue contratada ni trabajó en restaurantes del acusado— al no conseguir su regularización les compró los billetes de avión de regreso a Brasil, sin que aquéllos quisieran hacer uso de los mismos, decidiendo permanecer en España en situación irregular, aunque ya no trabajando para el acusado ni teniendo vínculo alguno con él.

Es cierto que durante el tiempo que duraban los trámites administrativos, el acusado tenía trabajando a extranjeros sin permiso de trabajo y residencia, lo que, por regla general constituiría una infracción muy grave del art. 54.1 de LO 4/2000, sancionada con multa de 6001 a 60.000 euros.

Consecuentemente nos encontramos ante una situación irregular pues los extranjeros habían entrado como turistas por un plazo de tres meses y en tal situación comenzaban a trabajar en los restaurantes del acusado, sin que la legalización estuviese acordada, sino solo en trámite, pero que no debe subsumirse, sin más, en el tipo delictivo del art. 318 bis CP.

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Homologación de títulos académicos: solicitud de homologación del título de «Bachelor of Arts in International Business Administration» obtenido en el Reino Unido al grado académico de Diplomado. Normativa aplicable. Informe del Comité técnico: preceptivo y determinante; debe pronunciarse acerca de si el título extranjero permite en el país de procedencia el acceso a estudios oficiales de postgrado. Retroacción de actuaciones al momento en que debió emitirse el informe.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **29 de septiembre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **495/2010**

Ponente: **D. Fernando de Mateo Menéndez**

Voz: **Homologación de títulos académicos. «Bachelor of Arts in International Business Administration». Plan de estudios**

La recurrente impugna la resolución de 24 de junio de 2010 de la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificación, dictada por delegación del Ministro, por la que se denegó a la actora la homologación del título de Bachelor of Arts in International Business Administration, obtenido en Humberside University (University of Lincolnshire & Humberside), (Reino Unido), le fuese homologado al título español de Grado Académico de Diplomada.

El motivo de la denegación por parte de la Administración de la homologación pretendida por la demandante formulada el 21 de diciembre de 2007 al amparo del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, es porque el título extranjero tiene un plan de estudios de duración inferior a tres años.

(...)

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un título de un país perteneciente a la Unión Europea, Reino Unido, por lo que de conformidad con la normativa expuesta solamente se puede tener en cuenta los criterios establecidos en los apartados 1.c) y 2 del art. 19 del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero. Por tanto, no es atendible el motivo de la denegación de la homologación del título en cuestión por parte de la Administración que se funda en el criterio contenido en el apartado 1.b) del anteriormente reseñado precepto atinente a la duración del plan de estudios. No obstante, ello no implica que proceda la homologación del título pretendido por la actora, ya que para ello es de aplicación los criterios contenidos en el apartado 1.c) del art. 19 del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, a saber, «la correspondencia entre el grado académico de los estudios conducentes a la obtención del título extranjero y el correspondiente grado académico español al que se solicita la homologación», y, los del apartado 2 del citado precepto, «para la homologación al grado académico español correspondiente a los estudios oficiales de Grado, el título extranjero debe permitir en el país de procedencia el acceso a estudios oficiales de postrado». Sobre dichos criterios no se ha pronunciado la Administración ni hay informe del comité técnico designado por la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria, siendo un informe preceptivo y determinante (art. 12.3 del Real Decreto 285/2005), y, además, no ha informado sobre otras resoluciones de homologación de títulos invocadas por la parte actora, careciendo, por otra parte, esta Sala de elementos de juicio necesarios para proceder a la homologación del título en cuestión.

En consecuencia, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo, acordando retrotraer las actuaciones a fin de que el órgano competente para ello se emita informe

motivado sobre los criterios aplicables a la homologación pretendida, teniendo en cuenta las resoluciones que se dictaron en las solicitudes presentadas por don Abel y don Calixto.

Homologación de título extranjero: denegación. Título de Ingeniero Electrónico obtenido en Argentina. La decisión de convalidación de las autoridades argentinas no puede condicionar o limitar el ámbito de decisión de las autoridades españoles, que han de velar por la equivalencia de las formaciones.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **4 de octubre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **591/2009**

Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**

Voz: **Homologación de título obtenido en Argentina de Ingeniero Electrónico. Denegación**

Se impugna la resolución del Ministerio de Educación de 20 de julio de 2009, que denegó la solicitud presentada en su día por la hoy parte actora en orden a que su título de Ingeniero Electrónico —obtenido en la Universidad de Buenos Aires (Argentina)— le fuese homologado al título español de Ingeniero en Electrónica, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

La solicitud de homologación fue presentada el 25 de octubre de 2006 al amparo del Real Decreto 285/2004, cuya normativa se ha aplicado en la resolución recurrida y se invoca en el escrito de demanda.

El *thema decidendi* versa, pues, sobre la homologación de un título extranjero de educación superior al correspondiente título español del catálogo de títulos universitarios oficiales, entendiéndose por homologación el reconocimiento oficial de que la formación superada para la obtención de un título extranjero es equivalente a la exigida para la obtención de un título español de los incluidos en el citado catálogo, de tal manera que la homologación otorga al título extranjero desde la fecha en que sea concedida y se expida la correspondiente credencial los mismos efectos del título español con el cual se homologa en todo el territorio nacional (artículos 3.a y 4.1 del Real Decreto 285/2004, de 20 febrero 2004, que regula las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior).

(...)

Vista la normativa aplicable, es de advertir que en el caso el Consejo de Coordinación Universitaria emitió un informe desfavorable al apreciar un déficit de formación en determinadas materias troncales; concretamente, no se habían cursado las siguientes materias troncales: diseño de circuitos y sistemas electrónicos, sistemas electrónicos para el tratamiento de la información, y tecnología de dispositivos y componentes electrónicos y fotónicos; por otra parte, aparecían cursadas muy deficientemente las siguientes materias: instrumentación y equipos electrónicos, y tratamiento y transmisión de señales; por último, se señalaba que la materia sistemas telemáticos había sido insuficientemente cursada. El meritado informe explicaba la forma en que se habían asignado los créditos, y apuntaba lo siguiente: «El solicitante obtuvo el título de Ingeniero Técnico de Telecomunicaciones especialidad en Sistemas Electrónicos (ITT. SE) en la Universidad de Valencia. Asignaturas de esta carrera de solo primer ciclo (junto con Máquinas Eléctricas, Sensores y Regulación Automática cursadas en la Escuela Universitaria de Ingenieros Técnicos Industriales de la Politécnica de Valencia) le han valido para convalidar la mayoría de las asignaturas de los últimos cursos de la titulación Ingeniería Electrónica de la Universidad de Buenos Aires: Sistemas Operativos, Organización de Computadoras, Tecnología de circuitos integrados, Electrónica de potencia, Máquinas Eléctricas, Seminario Electrónica II. Por lo tanto, los contenidos asociados a estas

asignaturas de los últimos cursos de la titulación de Ingeniería Electrónica de la Universidad de Buenos Aires se corresponden a los contenidos de una titulación de primer ciclo española (ITT. SE)», de donde se concluye en las carencias apreciadas respecto de la troncalidad correspondiente al segundo ciclo de Ingeniero Electrónico.

La resolución puesta en tela de juicio asume el precitado informe del órgano técnico y termina denegando la homologación solicitada.

(...)

Es de notar que en el caso el órgano técnico realizó un exhaustivo estudio de la formación adquirida por el interesado a través de la abundante documentación aportada por el mismo, lo que le llevó a la conclusión de las carencias troncales ya anotadas, siendo así que la decisión de convalidación de las autoridades argentinas no puede condicionar o limitar el ámbito de decisión de las autoridades españoles, que han de velar por la equivalencia de las formaciones. El segundo motivo recursivo se basaba en el derecho a la igualdad, pretendiéndose que en el caso el recurrente había recibido un trato desfavorable y discriminatorio en relación con dos precedentes administrativos que se traen a colación. El estudio de las actuaciones demuestra que los precedentes de referencia versan sobre el mismo título litigioso y que entonces fueron efectivamente homologados, de tal manera que este diferente tratamiento entre los precedentes y el título del recurrente requería una explicación justificativa que apartara cualquier sombra de duda sobre una posible discriminación negativa para el recurrente, cuya explicación nos ha llegado de parte de la Administración demandada en el período de prueba y a instancia de la actora, siendo así que en aquellos precedentes los estudios fueron realizados íntegramente en la Universidad de Buenos Aires, sin que se convalidaran asignaturas de ningún otro centro (aparte de que en uno de los precedentes el interesado había realizado cursos de doctorado en la Universidad española de Valladolid), lo que constituye una nota diferencial con el caso del aquí demandante suficiente para enervar la alegación de discriminación pues dicha nota distintiva resulta significativa e impide que aquellos precedentes sean términos hábiles de comparación a efectos del derecho de igualdad, que por lo dicho no se entiende vulnerado.

Homologación de título de Médico especialista en Anestesia y Reanimación expedido en Argentina al título español de aquella especialidad. Se condiciona a la realización de una prueba teórico-práctica en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que conduce al título español correspondiente. Falta de equivalencia de contenidos de la especialidad médica argentina respecto de la española. Prueba pericial. No ha lugar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **15 de noviembre de 2011**

Recurso de Casación: **4183/2009**

Ponente: **D. Antonio Martí García**

Voz: **Homologación del título de Médico especialista en Anestesia y Reanimación expedido en Argentina: prueba teórico-práctica**

La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, tras identificar que la homologación en España del título de Médico Especialista obtenido en el extranjero se conduce por la regulación contenida en la Orden de 14 de octubre de 1991, modificada por la Orden de 16 de octubre de 1996, delimita de la siguiente manera los términos en los que viene planteada la controversia que resuelve:

«(...) disposición reglamentaria que, tras señalar en su exposición de motivos la habilita-

ción normativa de la que trae causa y a la que ya hemos hecho referencia, establece en su apartado primero la posibilidad de homologación de los títulos, diplomas o certificados de especialidades farmacéuticas o médicas, obtenidos en el extranjero, que acrediten a sus titulares para el ejercicio legal de la profesión como especialistas en el país de origen, condicionando en el apartado segundo dicha homologación a la realización de una prueba teórico-práctica en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que conduce al título español correspondiente.

(...)

Por lo expuesto en el procedimiento de homologación se precisa partir de la existencia de un título oficial de especialidad médica en el país de expedición y que por ello habilita al ejercicio profesional en tal país y si bien es cierto que la homologación del título lleva consigo en el país de acogida la consiguiente habilitación para el ejercicio profesional, la simple habilitación para tal ejercicio que implica en el país de emisión la expedición del título no determina la procedencia de la homologación que atiende, como hemos visto, a la equivalencia formativa.

En el caso de autos, el juicio de equivalencia, en duración y contenidos, que implica la homologación solicitada ya fue objeto de la oportuna apreciación técnica por parte de la Comisión Nacional de la especialidad, concluyéndose que en los estudios de especialización médica conducentes a la expedición del titulo argentino no existía equivalencia de contenidos con los requeridos en la formación española.

(...)».

El primer motivo del recurso de casación alega, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con producción a dicha parte de indefensión, al venir fundamento el sentido de la sentencia en la no desvirtuación del criterio técnico del informe de la Comisión Nacional de la Especialidad que a su vez justifica la decisión administrativa, a pesar que se pretendió prueba pericial tendente a acreditar precisamente la equivalencia de los programas formativos que habría de dar lugar a la homologación directa del título argentino de Médico Especialista a su homónimo español.

Pues bien, atendemos que el recurrente propuso la admisión y práctica de prueba pericial, para que por un perito con titulación en Medicina y especialista en Anestesiología y Reanimación, designado por la propia Sala, se emitiera dictamen que diese respuesta a la equivalencia de los programas formativos que en Argentina y en España conducen al título de aquella especialidad; prueba que fue inadmitida mediante Auto por no aportarse el informe «... con la demanda ni alegar razones justificativas de tal imposibilidad...».

Homologación de títulos extranjeros. Título de «Diplôme d'Ingénieur, Grade de Master, Spécialité: Electronique». Centro no autorizado en España. Derecho transitorio: expedientes iniciados antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004. Informe técnico preceptivo acerca de la equivalencia de la formación: necesario para acceder directamente a la homologación interesada. Estimación parcial.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **24 de noviembre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **397/2010**

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Título de «Diplôme d'Ingénieur, Grade de Master, Spécialité: Electronique». Homologación**

En el presente recurso se impugna la Resolución del Subdirector General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, por delegación del Ministro de Educación, de 31 de mayo de 2010

por la que se acuerda denegar la homologación del Título de Ingénieur Diplôme du Conservatoire National des Arts el Métiers, spécialité Electronique obtenido en el Conservatoire National des Arts et Métiers (Francia) al español de Ingeniero en Electrónica.

La resolución recurrida se basa en el art. 86.3 de la LO 6/2001 y art. 5.2.b) del RD 285/2004 ya que el título no se obtuvo en centro con autorización para impartir en España estudios de nivel universitario.

La solicitud de homologación que da lugar a la resolución recurrida fue presentada el 11 de febrero de 2010 y los estudios aparecen cursados desde 1998/1999 hasta 2005/2006, siendo expedido el título cuya homologación se pretende el 12 de diciembre de 2006.

Los estudios fueron cursados en el CNAM de Zaragoza, centro que obtuvo la autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de concreto título universitario extranjero que nos ocupa por Orden del Departamento de Educación y Ciencia de la Diputación General de Aragón de 2 de diciembre de 1999, con efectos a partir del 21 de diciembre de 1999.

(...)

Conviene precisar que el procedimiento instado por la demandante en el Ministerio de Educación fue el de homologación de su título, obtenido en la mencionada universidad extranjera tras cursar todos sus estudios en España, al correspondiente título español y no el de reconocimiento de dicho título a efectos de ejercicio profesional. Así el reconocimiento profesional tiende a facilitar el ejercicio de las libertades consagradas en el derecho comunitario europeo, como la de establecimiento y prestación de servicios, en el ámbito de la Unión Europea, y se rige por las normas de derecho comunitario originario y derivado incorporadas al ordenamiento interno, en su caso, por las normas nacionales, como ocurre en España con el anterior Real Decreto 1665/1991 y con el actualmente en vigor RD 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, normativa interna que ha de respetar su contenido y finalidad, habilitando para el ejercicio de la práctica profesional regulada de que se trate, pero que no supone una equiparación o asimilación académica con títulos españoles; por su parte, la homologación de títulos académicos, está sometida a las normas del derecho interno de cada Estado y se basa en una comparación entre el contenido y duración de los estudios conducentes a la obtención de los respectivos títulos y se aplica tanto a los que pretendan la homologación de títulos expedidos en países pertenecientes a la Unión Europea, como a los de otros Estados.

(...)

Por ello, en el presente caso, como en muchos otros previos, no procede acceder directamente a la homologación interesada en la demanda ya que se carecen de los informes técnicos preceptivos acerca de la equivalencia de la formación que en su caso ha de sustentar tal homologación. Además el precedente que se cita (Cándido), se trata de un precedente único sin que exista base para sostener una desigualdad arbitraria de trato ya que viene acreditado únicamente por la aportación de la credencial de homologación de fecha 14 de julio de 2005 de la que no resultan datos suficientes para sostener que estamos ante casos idénticos (mismo título, mismo plan de estudio, misma formación complementaria, etc.). Por tanto lo procedente es acordar la reposición procedimental para que a la solicitud de homologación del recurrente se le dé el trámite correspondiente en el marco del RD 285/2004, de 20 de febrero, donde se deberá emitir el oportuno dictamen del comité técnico competente con carácter previo al dictado de la resolución que proceda, y sin perjuicio de los nuevos recursos, administrativo o contencioso-administrativo, que se puedan instaurar por el actor contra la resolución expresa o presunta que resulte del expediente administrativo, sin conviniese a sus intereses.

Homologación de títulos académicos. Homologación del título de «Bachelor (Honours) in Enviromental Science» obtenido en una Universidad del Reino Unido: licenciado en Ciencias Ambientales. Autorización para impartir la enseñanza conducente a la titulación equivalente en España: normativa vigente en el momento de cursar los estudios y no en el momento de la solicitud de homologación. En el momento en el que se cursaron los estudios no era exigible, para obtener la homologación, que el centro contara con la preceptiva autorización. Valoración de la prueba: función de la Sala de instancia para interpretar la voluntad manifestada en los dictámenes, informes y documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **7 de diciembre de 2011**

Recurso de Casación: **338/2010**

Ponente: **D. Enrique Lecumberri Marti**

Voz: **Homologación del título de «Bachelor (Honours) in Enviromental Science» obtenido en una Universidad del Reino Unido: Licenciado en Ciencias Ambientales**

El Abogado del Estado, en su representación institucional, interpuso el recurso de casación núm. 338/2010, contra la sentencia de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 660/2007, deducido en nombre del mismo interesado contra la Orden de la Ministra de Educación y Ciencia de 26 de junio de 2006, desestimada en reposición con fecha 5 de junio de 2007, por la que se acordó denegar la homologación del título de Bachelor of Science in Environmental Science de la Universidad de Wolverhampton (Reino Unido) al título español de Licenciado en Ciencias Ambientales.

(...)

Poniéndose de manifiesto —en el fundamento de derecho tercero— la voluntad de la Sala de instancia de seguir acatando el criterio previamente fijado por el Tribunal Supremo, en relación con las circunstancias del caso, en que, «de la documentación incorporada al expediente administrativo se desprende que el recurrente concluyó los estudios cuya homologación pretende en el curso académico 2002/2003, es decir, antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004 (que a estos efectos no entró en vigor hasta el 1 de marzo de 2005), por lo que no procede denegar la homologación que solicita por la ausencia de autorización administrativa del centro español donde cursó parcialmente sus estudios. Consecuentemente, de conformidad con la nueva doctrina del Tribunal Supremo, en el supuesto enjuiciado deberán retrotraerse las actuaciones administrativas al momento de la solicitud inicial de homologación, para que se inicie y trámite por el Ministerio de Educación y Ciencia el correspondiente al expediente de homologación en el marco del Real Decreto 285/2004, donde habrá de emitir el oportuno dictamen el comité técnico competente acerca del juicio de equivalencia de la formación cursada por el recurrente en relación con la exigida en España para el título cuya homologación pretende, continuar con la tramitación del procedimiento administrativo y dictar la resolución que proceda».

(...)

En concreto, llama la atención sobre el hecho de que, la sentencia de instancia, tras aludir al título cuya homologación se pretendía por la parte recurrente (el de «Bachelor of Science in Enviromental Science» obtenido en la Universidad de Wolverhampton, Reino Unido), explica que dicho título se obtuvo por el demandante al serle convalidados los estudios cursados en «Aquatic Ecotechnology» en la Hogeschool Zeelan (Países Bajos) y en Ciencias Ambientales en ESNE, concluyendo que el centro español contaba con la preceptiva autorización para la

impartición de la enseñanzas conducentes a la obtención del título desde el año 1998, al amparo del Real Decreto 557/1991. Sin embargo, como explica la resolución administrativa objeto del recurso contencioso-administrativo antecedente, el título obtenido por el solicitante de la homologación en la Hogeschool Zeeland, no es el de Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology, sino el de Bachelor of Watermanagement, para cuyas enseñanzas ESNE carecía de autorización. De ello va a resultar que, a raíz de la sentencia, el Ministerio de Educación tenga que reiniciar un procedimiento dirigido a la obtención de un título administrativo, cuando buena parte de los estudios cursados para su obtención, se realizaron en un centro que no estaba autorizado.

Argumentación la que hemos resumido que, a su juicio, debería conducir a estimar el recurso de casación y, con ello, a resolver de nuevo el fondo del asunto en aplicación del artículo 95.2.d) de la Ley de Jurisdicción, conforme a la normativa jurídica que alegó en el recurso contencioso-administrativo de que trae causa la actual impugnación.

Por su parte, la representación procesal del recurrido, Don Desiderio, incide en la competencia exclusiva del juzgador de instancia en orden a la valoración de la prueba. Por otra parte, explica que los estudios cursados por éstecuya homologación fue objeto de petición en vía administrativa, se realizaron en parte en la Escuela ESNE de Cantabria y el último curso en la Universidad de Wolverhampton, que reconoció la validez de dichos estudios para acceder al último curso de la titulación solicitada en su Universidad. Sus estudios en ESNE lo mismo le hubieran podido servir para obtener el título holandés de Watermagement como de Aquatic Ecotecnology, y a su vez para obtener el de «Bachelor of Science in Enviromental Science», pues ESNE estaba autorizado por el Gobierno de Cantabria para su impartición.

El expediente administrativo relativo a la autorización para el funcionamiento de ESNE por el Gobierno de Cantabia, remitido a la Sala de instancia en el ramo de prueba, atestigua que aquel centro contaba con las correspondientes autorizaciones para impartir enseñanzas conducentes al título universitario de Wolverhampton con arreglo al sistema educativo del Reino Unido, como a las titulaciones de Hogeschool Zeeland conforme al de los Países Bajos. En fin, llama la atención sobre ciertos precedentes relativos a compañeros de promoción del solicitante que, habiendo cursado estudios semejantes conducentes a la obtención de una doble titulación, británica y holandesa, obtuvieron la homologación administrativa de sus títulos, y a otro concerniente a un compañero que, si bien no obtuvo inicialmente el visto bueno administrativo para la homologación de su título, vio como el Abogado del Estado no recurrió la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que se pronunció en su favor.

(...)

Lo que subyace, en consecuencia, es una diferente interpretación jurídica de la misma normativa. Para el Abogado del Estado, el hecho de que ESNE, según atestigua el expediente administrativo y en particular el ramo de prueba del litigio antecedente, en que se incorporó a las actuaciones la totalidad del expediente administrativo relativo a la autorización concedida a ESNE por el Gobierno de Cantabria en el año mil novecientos noventa y ocho, no contara con autorización para impartir la enseñanza correspondiente al título de «Bachelor (Honours) In Enviromental Science» conjuntamente con la Hogeschool Zeeland, equivale a entender que carecía de autorización para impartir las enseñanzas correspondientes. Esto es, la autorización concedida para impartir las enseñanzas conducentes a la obtención del titulo de «Bachelor (Honours) In Enviromental Science», le facultaba para dar dichos estudios de un modo autónomo, pero no en colaboración con centros distintos.

Si bien la parte recurrida sustenta en sus escritos que el título obtenido en la Universidad de Wolverhampton por Desiderio debe entenderse cubierto por la autorización para impartir las enseñanzas conducentes a la obtención del titulo de «Bachelor (Honours) In Enviromental Science», lo cierto es que, a la hora de revisar la resolución administrativa, apreciamos que ésta denegó la homologación del título por ca-

recer ESNE de autorización. Nuestra doctrina, según ha recogido con suficiencia la Sala de instancia, es favorable a la homologación de los títulos obtenidos en Universidades extranjeras, aun cuando las enseñanzas correspondientes fueran impartidas total o parcialmente en centros que funcionaran sin autorización en España, siempre que los estudios —como sucede en el supuesto analizado— se hubieran obtenido realizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2001 y del Real Decreto 285/2004. Por consiguiente, si hemos afirmado, como hemos hecho, que la homologación debe darse a estudios realizados en centros carentes en absoluto de autorización, más debemos afirmarlo cuando sólo parte de los mismos se hallan fuera de aquella cobertura.

(...)

La cuestión que se ventilaba en los recursos referenciados y en este mismo que ahora se sustancia gira, en síntesis, en la denegación por parte del Ministerio de la solicitud de homologación del título obtenido por los interesados en diferentes disciplinas —Bachelor of Arts in Businesss Administration with a General Degree, Bachelor of Arts in Business, Bachelor of Arts in Tourism, Bachelor of Science in Technology Management y Higher National Diploma Engineering o Bachelor of Science— y emitidos por las Universidades de Gales, Colorado y Wolverhampton, tras la realización por los solicitantes de los correspondientes estudios en centros radicados en España que, en la época en que se cursaron parte o la totalidad de los estudios carecían de autorización oficial para impartir las enseñanzas conducentes a la expedición de un título universitario extranjero. Esta circunstancia condujo al Ministerio a señalar que no era posible la homologación del título, puesto que no procedía tal homologación de títulos extranjeros cuando el total o parte de la enseñanza se hubiese desarrollado en España en Centros o Instituciones no autorizados para la impartición de estudios universitarios, implicando que homologar títulos logrados en tales condiciones supondría eludir, a través de una vía indirecta, la aplicación de las normas de este último reglamento y dar por buena una formación que no puede tener validez oficial, precisamente, porque el centro que la impartió no estaba autorizado para hacerlo.

Educación: homologación de título extranjero. Denegación del título de «Bachelor of Arts in European Business Administration and Management» obtenido en Gales al grado académico español de Licenciado. Falta de equivalencia. Principio de igualdad: no violación. No existe incongruencia omisiva. Falta de motivación. Informe del Consejo de Coordinación Universitaria. Discrecionalidad técnica advertida en la emisión del informe. Falta de correspondencia entre los grados académicos, el de los estudios conducentes a la obtención del título extranjero, y el español al que se solicita la homologación. No ha lugar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **12 de diciembre de 2011**

Recurso de Casación: **3135/2010**

Ponente: **D. Enrique Lecumberri Marti**

Voz: **Denegación del título de «Bachelor of Arts in European Business Administration and Management» obtenido en Gales al grado académico español de Licenciado**

La representación procesal de Don Benito interpuso el recurso de casación núm. 3135/2010, contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2010, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 515/2008, deducido en nombre de aquél contra la Orden de 22 de agosto de 2007, del Secretario General Técnico del Ministerio de Educación y Ciencia, dictada por delegación

de la Ministra, confirmada en reposición con la misma delegación por el Subsecretario del Departamento con fecha 24 de marzo de 2008, por la que se denegó la homologación del título de Bachelor of Arts in European Business Administration and Management obtenido en la University of Wales (Reino Unido), al grado académico español de Licenciado.

El fundamento de derecho primero de la sentencia, tras identificar la resolución administrativa objeto de impugnación, concreta que ésta se «funda para denegar la homologación pretendida en que teniendo en cuenta el dictamen emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria, no existen los requisitos suficientes para determinar la equivalencia del título pretendido por el recurrente con el grado académico de licenciado, de conformidad con el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero». Frente a ello, «el actor alega que el título de Bachelor que posee es el título que permite en el sistema Universitario del Reino Unido, el acceso a estudios de postgrado, en concreto a los Master, que al igual que sucede en España constituye el segundo ciclo del sistema universitario, habiendo la Administración en otros supuestos iguales al del recurrente procedido a la homologación».

(...)

En el caso sujeto a nuestro análisis, el actual recurrente insiste en que ha presentado una certificación, de catorce de octubre de dos mil ocho, en que el Director del British Council en España y Consejero Cultural de la Embajada Británica en Madrid, precisa, de un lado, que la titulación de Bachelor in European Business Administration and Management es una titulación oficial de la Universidad de Gales, y por lo tanto también oficial en el Reino Unido, y que los títulos de Bachelor de dicha Universidad son reconocidos por las demás Universidades británicas como válidos para el acceso a los estudios de postgrado. A partir de ello, considera que, al haberse aportado por su parte a las autoridades españolas competentes un título expedido en una Universidad perteneciente a un país miembro de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 21.1 del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, en relación con su artículo 19.2, no se le puede negar la homologación solicitada.

(...)

En este punto, conviene recordar lo informado en el procedimiento administrativo dirigido a la homologación del título aportado por Don Benito, por el Consejo de Coordinación de Universidades, en los términos recogidos en la sentencia recurrida:

«Así pues y frente a la titulación objeto de este informe (Bachelor de tres años con 180 créditos, a los que se añade un primer año de estudios sin acreditación en carga lectiva y sin obtención de créditos), debe señalarse que el sistema universitario español se estructura en tres ciclos: el primero, que comprende las enseñanzas básicas y de formación general (Diplomado), el segundo, que se dedica a la profundización y especialización en los correspondientes enseñanzas así como a la preparación para el ejercicio de actividades profesionales Licenciado), y por último, el tercer ciclo, en el que se cursan estudios de doctorado, que se dedica a la enseñanza y desarrollo de actividades de investigación.

En este sentido la normativa española reguladora de las directrices generales comunes de los planes de estudios de los títulos de carácter oficial y validez en todo territorio nacional, establece una duración de los estudios conducentes a la obtención del grado de Licenciado (segundo ciclo) de dos años académicos, que sumado a los tres años académicos necesarios para obtener los grados del primer ciclo —con carácter general, si bien pueden ser dos— hacen cinco años académicos de estudios. Por el contrario, los estudios conducentes al grado de Bachelor tienen una duración, en la práctica totalidad de supuestos, de tres cursos académicos. Asimismo la obtención del grado de licenciado exige la previa acreditación de haber superado una carga lectiva mínima de 300 créditos».

De lo anterior se puede deducir la falta de correspondencia entre los grados académicos, el de los estudios conducentes a la obtención del título extranjero, y el español al que se solicita la homologación, es decir, el incumplimiento del requisito a que alude el artículo 19.1.c). Ello hace innecesario manifestarnos sobre si el recurrente, con el certificado del Director del Director del British Council en España y Consejero

Cultural de la Embajada Británica en Madrid aportado a las actuaciones de instancia, había acreditado si el título extranjero exhibido permitía el acceso a estudios oficiales de posgrado en el país de procedencia, y nos permite resolver los dos motivos de casación formulados en nombre de Don Benito.

(...)

Y, en cuanto al segundo motivo, basten las alegaciones hechas hasta el momento sobre el sistema de homologación previsto en relación con los títulos de Estados miembros de la Unión Europea, para deducir nuestra opinión, contraria a su posible estimación, al no concurrir en la solicitud del recurrente el presupuesto a que alude el art. 19.1.c) del Real Decreto 285/2004. Sin que sea necesario reproducir nuestra posición en torno al respeto de la discrecionalidad técnica del informe del Consejo de Coordinación de Universidades, que la parte recurrente asume a salvo de circunstancias excepcionales que, como hemos visto, aquí no se dan.

Razones que no pueden conducir sino a la desestimación del recurso de casación formulado en nombre de Don Benito.

Homologación de títulos extranjeros. Título de «Técnico de nivel medio en construcción» expedido en Cuba. Arquitecto técnico. Informe favorable a la homologación emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria condicionado a la previa superación de una prueba de conjunto. Naturaleza de los estudios realizados: normativa aplicable según el rango de los estudios objeto de homologación. Estimación de la impugnación de la homologación instada por el Consejo General de Colegios Oficiales de aparejadores y arquitectos técnicos.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **14 de diciembre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **63/2009**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación del título de Técnico de nivel medio en construcción» expedido en Cuba. Arquitecto técnico**

Se interpuso el presente recurso contencioso-administrativo por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos contra la Orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de 16 junio 2008, por la que se acordó la homologación del título cubano de «Técnico de Nivel Medio en Construcción Civil», expedido por el «Centro Nacional de Capacitación Micons (Ministerio de la construcción, Cuba)», obtenido por don Benjamín, al de Arquitecto Técnico español.

(...)

Para resolver la cuestión de fondo planteada en el presente recurso, ha de partirse de que está acreditado que don Benjamín formuló el día 13 febrero 2001 solicitud ante el Ministerio de Educación y Cultura para obtener la homologación de su título cubano de «Técnico de Nivel Medio en Construcción Civil», expedido por el «Centro Nacional de Capacitación Micons (Cuba)», al de Arquitecto Técnico español. El Consejo de Coordinación Universitaria (documento número 8 del expediente administrativo) emitió informe favorable a la homologación solicitada el día 9 de octubre de 2006, si bien condicionado a la previa superación de una prueba de conjunto sobre cuatro materias, por detectar deficiencias formativas respecto de los contenidos en algunas materias troncales de la titulación española de arquitectotécnico, al no haber sido abordadas con suficiente intensidad con la que precisa la configuración de los estudios, llevada a cabo por el con correspondiente Real Decreto Regulador de Directrices Generales propias. Las materias a que se hace referencia son: aspectos legales

de la construcción. Gestión Urbanística. Economía Aplicada. Organización y Control de Obras. Mediciones, Presupuestos y Valoraciones. Seguridad y Prevención. Don Benjamín formuló alegaciones a dicho informe manifestando tener superada la materia relativa a Seguridad y Prevención de Riesgos Laborales. El Consejo de Coordinación Universitaria, como consecuencia de las alegaciones formuladas por el solicitante, emitió nuevo informe de 22 de febrero de 2008, en el que considerando una duración de 3 años de los estudios del interesado, así como la correspondencia entre los contenidos formativos de la titulación cubana y las materias troncales de la española por la que se solicita homologar, con carencias de solamente un 8,9%, informó favorablemente la homologación sin necesidad de superación previa de una prueba de conjunto.

La duración del curso de «Técnico de Nivel Medio en Construcción Civil» en Cuba es de 2 años y 5 meses. Así lo reconoce el propio don Benjamín según consta en su escrito fechado el 29 agosto 2003, obrante en el expediente administrativo remitido este Tribunal.

(...)

Así resulta, también, del informe emitido por la Vicesecretaría de Coordinación Académica, Consejo de Coordinación Universitaria, el 28 noviembre 2002, que al entender que la duración del curso conducente a la obtención del título cuya homologación se pretende es de 2 años y 5 meses, ello impide aplicar el procedimiento de homologación de títulos extranjeros previsto en el Real Decreto 86/1987, de 16 enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de los títulos extranjeros de educación superior.

Por otra parte, además de tratarse de un nivel educativo diferente, no cabe apreciar la equivalencia entre los estudios sin conocer la carga lectiva de cada una de las asignaturas cursadas, sus contenidos y nivel. En el apartado segundo del informe de homologación de titulación extranjera de educación superior que obra en la página número 2 del documento número 12 del expediente administrativo, se dice que «la carga académica global (teoría y práctica) es desconocida».

Homologación de títulos universitarios extranjeros. Especialidades médicas y farmacéuticas: título ruso en Anestesiología y Reanimación. Principio de igualdad: necesidad de constatación de trato diferente ante situaciones iguales y si esta diferencia de trato tiene una fundamentación objetiva y razonable. Falta de acreditación de la igualdad de circunstancias con lo alegado. Alegación de infraccón de las normas que rigen los actos y garantías procesales causantes de indefensión: inadmisión de pericial propuesta de parte. Notificación: Sistema «Lexnet». Falta de aceptación del encargo pericial. Certificado digital inválido. Actos de comunicación. Suspensión de la homologación hasta acreditar la superación de pruebas teórico-prácticas.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **18 de enero de 2012**

Recurso de Casación: **2984/2010**

Ponente: **D. Enrique Lecumberri Martí**

Voz: **Homologación de título ruso en Anestesiología y Reanimación**

La representación procesal de Don Sixto interpuso el recurso de casación núm. 2984/2010, contra la sentencia de fecha veinticinco de marzo de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 688/2007, deducido en nombre del mismo interesado contra la Resolución de cuatro de junio de dos mil siete, del Secretario de Estado de Universidades e Investi-

gación, por la que se acuerda dejar en suspenso la resolución del expediente de homologación del certificado de especialista en Anestesiología y Reanimación expedido por el Ministerio de Salud Pública de Rusia al título español de Médico Especialista en Anestosiología y Reanimación, hasta que el solicitante acredite la superación de la prueba teórico-práctica necesaria, al no existir equivalencia entre el programa extranjero acreditado por el solicitante y el español de referencia.

La sentencia recurrida, tras identificar en su fundamento de derecho primero la resolución administrativa impugnada, resume la discrepancia de la recurrente con la misma, en sus quejas relativas a la falta de motivación del informe de la Comisión de la Especialidad, y a la vulneración del principio de igualdad al haber homologado la Administración educativa española los títulos de otros dos médicos rusos especialistas en Anestosiología y Reanimación.

(...)

En el supuesto de autos, al realizar el juicio de equivalencia en la duración y contenidos de los programas formativos (español y extranjero) sometidos a comparación, la Comisión Nacional de Anestesiología y Reanimación en su informe de diecisiete de marzo de dos mil seis, concluyó la falta de correspondencia entre sus respectivos contenidos.

Esas diferencias, según el órgano técnico, afectaban a los contenidos teóricos, prácticos, rotaciones y adquisición de habilidades con autonomía completa, por las razones que particularizadamente expone su informe. En ello reside, por consiguiente, un juicio técnico, en que, sin perjuicio de las constreñidas posibilidades de su revisión judicial, no es susceptible de ser realizado, suplantando la función administrativa, por un órgano jurisdiccional. Sin olvidar que, cuando la Comisión Nacional correspondiente disponga, como en el caso analizado, el condicionamiento de la posible homologación a la superación de una prueba teórico-práctica, la Secretaría de Estado de Universidades, por virtud de lo preceptuado en la disposición decimoquinta de la Orden de 14 de octubre de 1991, aparece determinada a dictar una resolución en la que deje en suspenso la resolución del expediente respectivo hasta que el interesado acredite la realización de dicha prueba. Cosa que, precisamente, ha hecho la Administración en el supuesto litigioso.

Esta decisión confluye además con la línea sostenida por esta misma Sala en ocasiones anteriores, en que, ante solicitudes de homologación de títulos extranjeros relativos a especialidades médicas, confirmamos sentencias validatorias de resoluciones en que el Ministerio de Educación, ante la falta de equivalencia entre las enseñanzas sujetas a comparación, dejó en suspenso los correspondientes expedientes hasta tanto no se realizara el juicio teórico-práctico correspondiente (SSTS de 7 de julio y de 15 de diciembre de 2009, RCS. 5161/2008 y 27/2009, respectivamente).

NACIONALIDAD

Nacionalidad española: adquisición por residencia. Integración social: falta de acreditación; el solicitante sigue manteniendo el régimen de poligamia contraído en su país de origen; el hecho de que no se hayan transgredido durante su residencia en España las normas por las que se rige nuestra sociedad no puede convertirse, sin más, en un elemento de integración; carencia de actitud positiva de armonización y acomodación a los principios y valores sociales españoles.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **4 de julio de 2011**

Recurso de Casación: **5031/2008**

Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Nacionalidad española por residencia. Integración. Matrimonio contraído en régimen de poligamia**

En el presente caso la resolución denegatoria se fundamenta, en el insuficiente grado de integración del recurrente en la sociedad española, donde rige el matrimonio monogámico, dado que el solicitante, al contraer matrimonio en Senegal, optó por la poligamia; como ha declarado esta Sala, es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica, sino además porque la ley española así lo dispone, de modo que resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal (art. 46.2 Cc) y que tipifica como delito contraer segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el primero (art. 217 del Código Penal).

Además, como ha declarado el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 10 de junio de 2008, que cita otra de 14 de Julio de 2004, «... la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3. CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello, sencillamente, porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos», y añade que «... la llamada a la correspondiente legislación nacional para regular el estado civil de las personas no puede servir de pretexto para soslayar el orden público español, que incluye sin duda la prohibición de poligamia». A esta conclusión no puede oponerse eficazmente la existencia de la legislación senegalesa, que regula la opción (sólo para los hombres) de la poligamia, régimen que considera de derecho común, por las razones contenidas en la sentencia del Alto Tribunal; además, el solicitante contrajo matrimonio en su país cuando ya llevaba varios años residiendo en España y conocía perfectamente la organización de la sociedad española en este aspecto, pese a lo cual optó por la poligamia y ha mantenido inalterado ese régimen, que puede ser voluntariamente cambiado por la opción monogámica; tampoco la adquisición de la nacionalidad española supondría de iure una renuncia a la opción, como se dice en la demanda, ni menos aún puede admitirse que en la sociedad española actual esté muy extendida la bigamia.

En conclusión, la opción por la poligamia al contraer matrimonio en Senegal durante el período de residencia legal en España y el mantenimiento de esta situación aunque la opción no se haya hecho efectiva, revela una falta deintegración en la sociedad española en el sentido exigido por el art. 22.4. Cc y de la jurisprudencia que lo interpreta, como apreció correctamente la resolución impugnada que, por ello, procede confirmar.

(...)

«Tal situación no puede obviarse por la sola circunstancia de que el matrimonio de la solicitante de hecho permanezca monógamo durante el tiempo que viene residiendo en España, pues también es un hecho que la misma sigue manteniendo legalmente el régimen de poligamia sin que haya llevado a cabo actuación alguna para adecuar su régimen a la normativa española que refleja los valores de la nuestra sociedad al respecto. En otras palabras, las intenciones de la recurrente a las que se refiere la sentencia recurrida, no han impedido que la misma, libre ya de los posibles obstáculos que pudiera haber tenido en su país de origen, mantenga su régimen de matrimonio y no han tenido reflejo en la adecuación del mismo a la legalidad española, de manera que el hecho de que no se hayan transgredido durante su residencia en España las normas por las que se rige nuestra sociedad no puede convertirse, sin más, en un elemento de integración que, por su propia naturaleza, supone una actitud positiva de armonización y acomodación a los principios y valores sociales españoles, como se ha indicado antes, que en este caso no ha tenido lugar».

Estas consideraciones son, con las lógicas adaptaciones, plenamente aplicables al caso que ahora nos ocupa, y de ellas fluye, en definitiva, la procedencia de desestimar el recurso de casación aun prescindiendo de esa deficiente formalización del mismo a que antes hemos hecho referencia.

Nacionalidad española: adquisición por residencia. Requisitos: no concurre el requisito de residencia legal y continuada durante los diez años anteriores a la solicitud ya que la misma estuvo interrumpida durante más de tres años; aunque se retrotraiga la eficacia del último permiso de residencia permanente a los cinco años anteriores no se cubre el periodo necesario.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **6 de julio de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **700/2009**

Ponente: **D. Jesús Cudero Blas**

Voz: **Adquisición de nacionalidad española por residencia. Requisitos: residencia legal y continuada**

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 9 de marzo de 2009 (dictada por delegación del Ministro de Justicia), por la que se denegó la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia, así como la resolución del mismo órgano de 5 de octubre de 2009, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra aquélla.

Las mencionadas resoluciones deniegan la nacionalidad solicitada por incumplir el requisito (previsto en el artículo 22 del Código Civil) de residencia legal continuada de diez años en el tiempo inmediatamente anterior a la petición, al constar en la documentación aportada al expediente que la residencia del interesado ha estado interrumpida desde el 26 de enero de 1997 hasta el 19 de julio de 2000.

Consta en el expediente administrativo lo siguiente: a) Con fecha 7 de marzo de 1993 y con validez hasta el 6 de marzo de 1993, el Sr. Calixto obtuvo permiso de trabajo y residencia, que fue renovado sucesivamente hasta el 25 de enero de 1997; b) El 19 de julio de 2000 solicitó la re-

novación del anterior, que efectivamente obtuvo el 29 de septiembre de 2000 con validez hasta el 28 de septiembre de 2001; c) El 24 de septiembre de 2004 solicitó la concesión de permiso de residencia permanente, que adquirió —con validez indefinida— el 3 de octubre de 2004.

Teniendo en cuenta que en el período comprendido entre el 25 de enero de 1997 y el 19 de julio de 2000 carecía de habilitación legal para residir en España, la resolución recurrida niega la existencia del requisito de la residencia continuada e inmediatamente anterior a la petición, a lo que se opone la parte actora en su demanda argumentando que la residencia del actor ha sido legal y que desde el año 1992 y hasta el momento de su solicitud ha venido disfrutando de manera sucesiva de permisos de trabajo y residencia y de permisos de residencia.

(...)

En el presente caso se cuestiona únicamente el requisito de la residencia «legal, continuada e inmediatamente anterior» a la solicitud, que atendidas las circunstancias del recurrente (nacional de Guinea Bissau) debía de ser de diez años. Pues bien, el cumplimiento de tal requisito objetivo exige la concurrencia de las tres circunstancias de: a) legalidad de la residencia, lo que supone la sujeción a las normas sobre extranjería establecidas; b) continuidad o no interrupción del plazo; y c) que tal periodo de residencia corresponda al momento inmediatamente anterior a la solicitud.

En el caso de autos, como se ha visto, la Administración deniega la nacionalidad solicitada al entender que el tiempo de residencia exigido de diez años no ha tenido la continuidad requerida ya que consta en el expediente que el solicitante no ha dispuesto de un permiso de residencia entre el 25 de enero de 1997 y el 19 de julio de 2000.

(...)

En el supuesto de autos, no nos hallamos ante una demora en la petición de los permisos pertinentes, pues según se desprende del expediente el Sr. Calixto dejó transcurrir nada menos que tres años y medio entre la fecha en la que caducaba su permiso de trabajo y residencia (25 de enero de 1997) y aquella en la que interesó su renovación (19 de julio de 2000). No resulta de aplicación al caso, por tanto, la jurisprudencia más arriba citada, pues según la propia certificación aportada por el actor la ausencia de título habilitante para residir en ese período se produjo por razones sólo imputables al interesado, que no formuló la correspondiente solicitud de renovación.

Por otra parte, el permiso de residencia permanente le fue concedido al demandante el 24 de septiembre de 2004 mediante acto administrativo que viene a reconocer que el interesado había residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante los cinco años anteriores; tal reconocimiento, sin embargo, no da cobertura al período que se extiende desde el 25 de enero de 1997 hasta el 19 de julio de 2000, pues sólo cabe inferir de la concesión administrativa de la residencia permanente que el solicitante residió legalmente en nuestro país desde el 24 de septiembre de 1999 (cinco años anteriores a la expedición del permiso, según se desprende del artículo 33.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a cuyo tenor tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada, sin que tal continuidad quede afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses, siempre que, sumadas, no superen un año dentro de los cinco a considerar).

De esta forma, aun retrotrayendo la eficacia de la concesión del permiso de residencia permanente al 24 de septiembre de 1999 (cinco años anteriores al reconocimiento de aquél), el Sr. Calixto no cumplía en la fecha en la que formuló la solicitud de nacionalidad en el presente procedimiento (el 20 de diciembre de 2006) los diez años de residencia continuada en nuestro país, requisito al que el artículo 22 del Código Civil supedita la concesión de la nacionalidad española.

Nacionalidad española: adquisición por residencia; denegación. Requisito de residencia legal continuada: existencia de un periodo de tiempo en el que la solicitante no estuvo documentada ni con tarjeta de estudiante ni con autorización de residencia; la autorización de estancia para cursar estudios no puede considerarse como residencia legal a efectos de entender cumplido dicho requisito ya que ambas situaciones tienen un contenido diferente.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **22 de septiembre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **205/2010**

Ponente: **D. Fernando de Mateo Menéndez**

Voz: **Adquisición de nacionalidad española por residencia. Falta de residencia legal: tarjeta de estudiante**

La demandante impugna la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición formulado contra la resolución de 14 de mayo de 2009 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, por la que se denegó a la actora la concesión de nacionalidad por residencia, por no llevar los años de residencia legal en España exigidos en el artículo 22 del Código Civil, ya que según consta en la actuaciones la actora no estuvo documentada con tarjeta de estudiante ni autorización de residencia desde el 31 de octubre de 2001 hasta el 17 de julio de 2003. Consta en el expediente administrativo la resolución de 14 de junio de 2010 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, que confirma en reposición la resolución de 14 de mayo de 2009, que no ha sido objeto de ampliación del recurso. La solicitud de nacionalidad española se presentó el 9 de marzo de 2007. Alega la recurrente, de nacionalidad marroquí, que tuvo tarjeta de estudiante desde el 19 de febrero de 1996 hasta el 21 de julio de 2005, con el lapsus del tiempo señalado por la Administración, y, a partir del 26 de septiembre de 2005 tiene permiso de trabajo y residencia. Se aduce, en síntesis, que hay apariencia de la estancia ya que tiene dos autorizaciones de regreso, una de 8 de noviembre de 2001, con validez hasta el 6 de febrero de 2002, y la otra de 8 de julio de 2002, con validez hasta el 6 de octubre de 2002, y, conforme al Reglamento de Extranjería, es necesario para la obtención de dicha autorización la que el solicitante haya iniciado los trámites de renovación del título que le habilita para permanecer en España, dentro del plazo legal fijado al efecto. Por otro lado, se aporta un recurso de reposición contra la denegación de visado presentado el 14 de mayo de 2002, así como la concesión del visado el 28 de julio de 2003, pero no es resolutorio de un recurso de reposición. También se aporta que la actora pagó la matrícula del año 2001/02, un certificado en el que consta que durante el curso 2002/03 aprobó la asignatura de Nutrición, y en el curso académico 2000/01 aprobó la asignatura de Inmunología.

(...)

En el presente caso se cuestiona únicamente por la Administración en la resolución recurrida el requisito de la residencia «legal, continuada e inmediatamente anterior» a la solicitud, y no otros como apunta el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, a saber, falta de integración y buena conducta.

(...)

En el supuesto enjuiciado la cuestión que se puso de manifiesto a las partes por la Sala se centra en determinar si se considera residencia legal en España la estancia de la recurrente durante los cuales estuvo amparado por la Tarjeta de Estudiante y por la estancia por estudios, cualquiera que sea el plazo legalmente aplicable, ya que la actora se encontraba en España en dicho régimen de estancia desde 1996 hasta 2005, con el lapsus del tiempo señalado en la

resolución impugnada, fecha a partir de la cual obtuvo permiso de trabajo y residencia.

Así las cosas, la estancia en España amparada en una autorización de estancia para cursar estudios no puede considerarse como residencia legal a efectos de entender cumplido el requisito de «residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» previsto en el art. 22.3 del CC. Como ya afirmábamos en la Sentencia de esta misma Sección de 21 de septiembre de 2004 (recurso número 907/2002), «la residencia legal implica la permanencia en el territorio español amparada en el régimen de autorizaciones que regula la legislación de extranjería, en el caso de autos, por razón temporal, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio de derechos y libertades de los extranjeros en España y en su Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. El artículo 13.4 de la citada Ley Orgánica dispone que sólo tendrán consideración de residentes quienes estén en posesión de un permiso de residencia». Al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 (Recurso de Casación núm. 8289/1996): «En este sentido, la Sentencia de 7 de noviembre de 1999, recordando lo ya declarado en la Sentencia de la Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 1988, la expresión "residencia legal" procede aplicarla siempre y cuando la residencia se ajuste a las exigencias prevenidas por la Legislación, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España a la que se remite dicha Sentencia. Si el período de permanencia a computar transcurrió antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, el concepto de «residencia legal» deberá interpretarse según los términos establecidos en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero (arts. 14 y siguientes), y, si se trata de un período posterior, habrá que atender a lo dispuesto en el art. 13.2 de la Ley 7/1985, en el que se establece que: "La residencia de los extranjeros, será autorizada por el Ministerio del Interior atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso, teniendo en cuenta la existencia o inexistencia de antecedentes penales del solicitante y si dispone en España de medios de vida suficientes para el período de tiempo que solicita.

Cuando se pretenda residir en España, mediante el desarrollo de una actividad lucrativa, laboral o profesional, la concesión de residencia se regirá, además, por las disposiciones del Título III".

En dicho Título, se precisa, en síntesis, que, además del permiso de residencia, los extranjeros que pretendan ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social».

(...)

En conclusión, en el presente caso, la permanencia en España de la recurrente con anterioridad a la solicitud no constituye residencia legal a computar para la obtención de la nacionalidad ya que la misma llegó a nuestro país y permaneció en él en concepto de estudiante, y así le fue concedida la correspondiente Tarjeta, pero la precitada permanencia, aún por el dilatado tiempo en que se acredita, no genera la residencia legalmente exigida para la concesión de la nacionalidad española, dado el diferente contenido de ambas situaciones de permanencia, razón determinante de la denegación acordada que por su conformidad a Derecho ha de ser mantenida.

Nacionalidad española: la razón determinante de la denegación de la nacionalidad española fue que el solicitante tenía antecedentes policiales por amenazas en el ámbito familiar, sin embargo, la irrelevancia de esas actuaciones penales está argumentada de forma extensa, lógica y razonada, por tanto no puede esgrimirse esa sola circunstancia para denegar la nacionalidad española.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **3 de octubre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **2563/2009**

Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Nacionalidad española: antecedentes policiales por amenazas. Denegación improcedente**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por D. Gabriel, nacional de Marruecos, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 12 de diciembre de 2006, basándose dicharesolución en que aún cuando la solicitante llevaba el tiempo exigido de residencia legal en España y había justificado una integración suficiente en la sociedad española, «no ha justificado suficiente buena conducta cívica, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 24 de febrero de 2000, ya que le consta una denuncia de su mujer por amenazas, diligencias previas 1238/2000. La prescripción de la falta por incomparecencia no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante».

D. Gabriel interpuso contra esa resolución recurso de reposición, que fue desestimado por nueva resolución de 29 de octubre de 2007, donde, tras exponerse unas consideraciones generales sobre la materia examinada, se dijo lo siguiente acerca del concreto objeto del recurso:

«Por ello, en el caso presente, la mera alegación del recurrente que sostiene su integración positiva en la vida social española no puede desvirtuar el motivo de denegación de la resolución impugnada, pues, sin perjuicio del resultado penal de la denuncia interpuesta por su esposa, ha quedado probado que a lo largo de su trayectoria personal existieron hechos de especial relevancia que, por su gravedad, no pueden dejar de valorarse en esta resolución, al trascender de la esfera estrictamente familiar y privada para centrarse en un aspecto social relevante: el menoscabo de las relaciones familiares como consecuencia de la violencia doméstica. Como quiera que en el juicio de faltas 1128/2001 no se llegó a probar que el interesado no estuviera implicado en los hechos denunciados, y dado que estos se encuentran relativamente próximos a su solicitud de nacionalidad, se ha de concluir que no puede entenderse acreditada la buena conducta cívica del recurrente».

No conforme con esta resolución, D. Gabriel interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el que recayó sentencia estimatoria de 24 de marzo de 2009. Contiene dicha sentencia la siguiente fundamentación jurídica (que transcribimos a continuación en cuanto interesa a los efectos del presente recurso de casación):

«El recurrente es natural de Marruecos, contrajo matrimonio con una súbdita marroquí el 17 de septiembre de 1998, reside legalmente en España desde 1993, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes de Parla (Madrid), con fecha de 30 de eneo de 2004 tenía acreditados 3.044 días de alta en el sistema de la Seguridad Social y ha aportado la declaración del IRPF correspondiente al ejercicio de 2002.

La solicitud de la nacionalidad origen de la litis se presentó el 17 de febrero de 2004, habiendo informado favorablemente en su tramitación el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil. Las resoluciones administrativas denegaron la concesión de la nacionalidad al considerar que el interesado no había justificado suficientemente buena conduc-

ta cívica en atención al antecedente de la denuncia por amenazas formulada por su mujer el 24 de febrero de 2000. En relación con el mentado antecedente es de notar lo siguiente. En la indicada fecha la entonces esposa del recurrente presentó una denuncia en Madrid ante el correspondiente servicio policial en la que se recoge lo siguiente: "Que hace un año y medio que se casó, en Marruecos, con Gabriel, no teniendo hijos de dicho matrimonio. Que en el mes de junio pasado, su marido la abandonó, desconociendo desde entonces su paradero. Que estuvo recibiendo llamadas de su marido durante unos días, en junio, diciéndola que iba a enviar 'un argelino' para hacerla algo malo y que además se divorciaría de ella cuando él quisiera; que si ella bajaba a Marruecos para solicitar el divorcio, en la aduana la detendrían e impedirían volver a España, lo que es posible por las leyes de su país. Que no tiene más que manifestar". El 24 de marzo de 2000 la policía comunicó al Juzgado de Instrucción n.º 24 de Madrid que no se había podido llevar a cabo la citación de la denunciante (esposa del ahora recurrente) por no residir en el domicilio que indicó en su denuncia y hallarse en paradero desconocido. El 1 de abril de 2000 se dictó por el susodicho Juzgado de Instrucción un auto decretando el archivo provisional de las actuaciones (diligencias previas 1238/2000) al encontrarse el denunciado en ignorado paradero, manteniéndose la petición a la Dirección General de la Policía para la averiguación del paradero del denunciado. Al parecer el demandante se personó el 2 de julio de 2001 en las dependencias de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación en Madrid para cumplimentar los trámites relacionados con el permiso de trabajo y residencia, enterándose entonces de que tenía interesada la averiguación de su paradero, facilitando en aquel momento su domicilio, que comunicó personalmente al Juzgado mediante comparecencia que tuvo lugar el 5 de julio de 2001 ante la oficina judicial. El 10 de julio de 2001 se dictó por el Juzgado de Instrucción n.º 24 de Madrid un auto reputando falta los hechos objeto de la sobredicha denuncia, dictándose otro auto en 31 de agosto de 2001 archivando el juicio de faltas 1128/2001 por razón de prescripción. Por otra parte, obra en el expediente administración una comunicación policial de 9 de marzo ce 2007 en relación con la cancelación total de los antecedentes de carácter policial del interesado.

(...)

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte estimatoria del recurso. Así, en efecto, no basta para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los posibles antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, siendo así que en el caso, y ciñéndonos a la razón determinante de la decisión administrativa combatida, puede afirmarse de lo actuado que la línea de conducta del demandante responde básicamente —en lo que ahora interesa— al patrón del ciudadano medio, salvo en lo atinente al antecedente que consideró el acto impugnado como impedimento para la concesión de la nacionalidad. En relación con el meritado antecedente es de observar que el ahora demandante aparecía como denunciado en el procedimiento de juicio de faltas 1128/2001, que fue archivado por prescripción en virtud del auto de 31 de agosto de 2001, siendo de advertir que de lo actuado no aparece que el demandante fuera responsable o tuviera algún tipo de intervención en las circunstancias que determinaron la prescripción, a lo que se suma la ausencia de indicios de verosimilitud de la propia denuncia que —al parecer— no llegó a ser ratificada a presencia judicial al no poder ser citada la denunciante en el domicilio que ella misma indicó en la denuncia y hallarse en paradero desconocido, concurriendo, por otra parte, la circunstancia de la relativa lejanía de los hechos denunciados que, según la denuncia, se produjeron en junio de 1999 y no se denuncia-

ron hasta el 24 de febrero de 2000, de tal forma que se desvanece la causa que motivó la denegación de la nacionalidad española al demandante pues el antecedente que supuso la meritada denuncia presentada en esta última data carece de relevancia como elemento que se interpone en la trayectoria personal del interesado a la hora de negarle el requisito de la buena conducta cívica, cuyo requisito concurre en el caso en función de las demás circunstancias personales del actor que vimos más arriba, de donde que el recurso deba prosperar al desfallecer la motivación del acto recurrido, que en atención a cuanto queda precedentemente expuesto y razonado ha de ser anulado».

(...)

Dicho esto, la conclusión alcanzada por la Sala de instancia —sobre la irrelevancia de esas actuaciones penales— está argumentada de forma extensa, lógica y razonada. No pueden prevalecer frente a esas razones las alegaciones del Abogado del Estado en el sentido de que verse implicado en aquellas actuaciones supone de por sí un dato negativo que obstaculiza la concesión de la nacionalidad, por las siguientes razones:

1.ª, porque los hechos recogidos en esos antecedentes, de haber acaecido tal y como se decía en la denuncia, fueron anteriores en casi cinco años a la petición de nacionalidad española; 2.ª, porque llama la atención que la denuncia se presentase en febrero de 2000 en relación con unas amenazas que se decían acaecidas en junio de 1999 (esto es, ocho meses antes), siendo este un dato convenientemente valorado en la instancia, y 3.ª, porque no hay constancia alguna de que el archivo de las actuaciones por prescripción se debiera a algún tipo de conducta elusiva por parte del denunciado, quien de hecho, una vez se enteró de su existencia compareció en seguida (tres días después) ante el propio Juzgado para interesarse por ellas y facilitar un domicilio.

Así las cosas, habiendo sido esa la única razón real por la que se denegó la nacionalidad española solicitada por el ahora recurrido en casación, la constatación de que dicha circunstancia no podía ser válidamente esgrimida a tal efecto conduce a la concesión de la nacionalidad pretendida, como acertadamente entendió la Sala de instancia.

Nacionalidad por residencia: denegación. El recurrente no ha acreditado que en el momento de solicitar la nacionalidad española, no después, fuera nacional venezolano «de origen» ya que simplemente aparece en su pasaporte como nacionalizado y existiendo en tal fecha un uso acreditado y efectivo de otra nacionalidad distinta.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **6 de octubre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **239/2010**

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Denegación de nacionalidad por residencia. No acredita ser nacional venezolano**

En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 23 de septiembre de 2009 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 19 de febrero de 2008 por la que se denegaba la nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su base en que al recurrente le es aplicable el plazo de residencia legal de 10 años y no el reducido de 2 años, habiendo iniciado su residencia legal el 30 de septiembre de 2002.

Los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la

petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación.

La Administración ha denegado al recurrente la concesión de la nacionalidad española, al considerar que falta la residencia legal en España, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud, durante diez años ya que no puede beneficiarse del plazo abreviado de dos años.

(...)

Según el art. 221 del Reglamento del Registro Civil (en sucesivas citas RRC), en el expediente que ha de seguirse al efecto, «el peticionario acreditará los hechos a que se refieren los cincos primeros números» del art. 220 del RRC.

Entre dichos «hechos» a probar por el recurrente está el de la «nacionalidad actual y anteriores» del recurrente, así como «las circunstancias que reducen el tiempo de residencia exigido». Por tanto no compete a esta Sala el determinar si en recurrente tiene o no derecho a la nacionalidad venezolana conforme a la legislación de dicho país sino que es el recurrente el que debe acreditar dicha circunstancia dentro de las exigencias de la normativa española para adquirir la nacionalidad española por residencia.

Además conviene tener presente que el derecho extranjero no puede hacerse valer mediante simple cita sino que ha de ser objeto de prueba, por quien lo alega, en cuanto a su existencia, vigencia y contenido (art. 281 de la LECivil). La propia Constitución Venezolana de 16 de noviembre de 2009 (…) distingue claramente entre venezolanos por nacimiento (art. 32) de los venezolanos por naturalización (art. 33) y esta claro, por el pasaporte, que al recurrente no se le pudo dar la nacionalidad por haber nacido en el territorio de la Republica (nació en el Líbano), que es el supuesto del ordinal 1 de la nacionalidad venezolana por nacimiento, ordinal que es el que se cita en su pasaporte venezolano.

La Sala no niega que para los nacionales de origen de Venezuela les sea suficiente una residencia continuada de dos años en España para la adquisición de la nacionalidad española, sin embargo, el recurrente, en el momento de solicitar la nacionalidad española no ha acreditado ostentar tal nacionalidad de origen.

El tenor del art. 22 del Código Civil impone, tal y como claramente se desprende de su tenor, una doble exigencia para que pueda ser tenido en cuenta el plazo reducido de residencia de dos años previsto en dicho precepto para la concesión de la nacionalidad española, y esa doble exigencia se concreta no solo en la nacionalidad de origen de un país iberoamericano, sino que dicha nacionalidad se ostente en el concreto momento de solicitar la concesión de la nacionalidad española (STS de 14 de diciembre de 2006, Rec. Casación 4416/2002).

En el caso de autos el pasaporte inicialmente presentado, expedido en abril 2000, era libanés y aparece usado efectivamente hasta el 8 marzo de 2005. Posteriormente el recurrente aportó un pasaporte venezolano expedido en diciembre de 2000 en el que se hace constar como observaciones «nacionalizado por el art. 35 ordinal 1» y que aparece usado efectivamente desde 2002. Igualmente, al solicitar la nacionalidad, se aportó un certificado de antecedentes penales libanés de fecha 22 de diciembre de 2004 en el que consta que su nacionalidad era libanesa y un certificado de la embajada del Líbano de fecha 13 de enero de 2005 donde consta su nacionalidad libanesa. Dicha nacionalidad libanesa también se menciona en el certificado de divorcio de 15 de octubre de 2004.

Si tenemos en cuenta que la nacionalidad española por residencia se solicita el 11 de marzo de 2005, es evidente que en fechas inmediatamente anteriores, tres días antes, el recurrente hacia uso efectivo de su nacionalidad Libanesa. Por tanto el recurrente no ha acreditado que en el momento de solicitar la nacionalidad española —11 de marzo de 2005—, no después, fuera nacional venezolano «de origen» ya que simplemente aparece en su pasaporte como nacionalizado y existiendo en tal fecha un uso acreditado y efectivo de otra nacionalidad distinta. En contra de lo afirmado

en la demanda y pese a la facilidad en haber aportado la correspondiente certificación de la Embajada o Consulado de Venezuela que indicara cuál era su concreta condición nacional a la fecha de la solicitud y las posibilidades de doble nacionalidad con el Líbano, no hay ninguna certificación consular que le acredite esta condición de nacional «de origen» ya que la documentación presentada en el expediente administrativo se limita o bien a ser una solicitud de registro consular efectuada el 15 de marzo de 2005, de forma prácticamente consecutiva a la solicitud de nacionalidad española o una certificación del Consulado General de la República Bolivariana de Venezuela en Madrid de fecha 13 de mayo de 2009 en la que se hace constar que el recurrente consta inscrito en dicha Misión Consular desde el 13 de mayo de 2009, y por tanto en fecha notoriamente posterior a la solicitud de nacionalidad.

Reconocimiento de la nacionalidad española: no hay ningún dato concreto que permita sostener la implicación del demandante en actividades propias de grupos radicales, y sin embargo, son numerosos los datos que acreditan una correcta integración en la sociedad española.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **10 de octubre de 2011**

Recurso de Casación: **4300/2009**

Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Reconocimiento de la nacionalidad española: correcta integración en la sociedad española**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por Don Leopoldo, nacional de Marruecos, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 19 de septiembre de 2007, por no haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 Cc), «ya que según consta en la documentación que obra en el expediente, aparece vinculado a asociaciones o grupos o movimientos conocidos por sus actividades irregulares o radicalizados, en sus programas y procedimientos, desde el punto de vista político, religioso. La integración social no deriva exclusivamente del conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, al grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar».

(...)

El recurrente alega que se encuentra plenamente integrado en la sociedad española, tanto a nivel laboral como cívico, familiar, afectivo, social y deportivo, ha participado en actividades de voluntariado social (monitor del grupo quetzal perteneciente al colegio «Compañía de María») en actividades deportivas (atleta federado que ha representado a Navarra en los campeonatos de España por selecciones autonómicas de cross en 1997 y 1999 y participa desde el año 2004 en el campeonato de fútbol sala organizado por el Ayuntamiento de Tudela) y ha colaborado con las autoridades públicas españolas (ha participado como interprete y traducir en múltiples ocasiones en diferentes organismo, entre ellos para los juzgados de Tudela y ha trabajado como conductor de ambulancia) también ha colaborado desde el año 1992 con la asociación «SOS racismo», como mediador sociocultural. También alega que tanto él como otros miembros de su familia han participado en la mesa municipal de inmigración y en otras actividades para la integración de inmigrante, colaborando con el grupo político Batzarre a favor de la integración de los inmigrantes (en labores de acogida, asesoramiento e integración de inmigrantes). El recurrente ha contraído matrimonio con española (profesora de educación secundaria). Considera que se encuentra suficientemente integra-

do en la sociedad española, sin que se encuentre vinculado en forma alguna a asociaciones, grupos o movimientos conocidos por actividades irregulares, tal y como afirma la resolución administrativa impugnada, desconociendo a que asociaciones se refiere al no concretarse ni en la resolución ni en los informes en los que se basa a que asociaciones o grupos se refiere.

La integración social se basa en la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente. Y en el supuesto que nos ocupa el recurrente ha demostrado sobradamente su participación en numerosas actividades, culturas, deportivas, sociales y de colaboración con las instituciones públicas españolas (entre ellas su labor de intérprete para los tribunales y su labor a favor de la integración a acogida de los inmigrantes), lo cual pone de manifiesto una plena integración en la sociedad española, que aparece corroborada a nivel personal y familiar con el matrimonio con española. Todos estos datos, debidamente justificados documentalmente, aparecen avalados por las declaraciones testificales practicadas, entre ellas la del Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Tudela, en la que se afirma que ha conocido a toda la familia del recurrente y que lo conoce desde hace quince años y durante ese tiempo «ha participado él y su familia en actividades del Ayuntamiento con el que ha mantenido constantes vínculos» añadiendo que «puede afirmar que el recurrente no tiene contacto con ninguna asociación radical ni de carácter político o religioso que pueda alterar el orden público, al contrario es un persona que es un privilegio tenerla como persona de contacto y de participación y colaboración tanto en el Ayuntamiento como en actividades sociales», en dicha testifical se afirma que el recurrente se prestó a colaborar con «SOS Racismo» en colaboración con los grupos municipales para participar en una lista electoral simbólica con el fin de poder demostrar que los extranjeros no podían presentarse a las elecciones municipales, actividad que no puede ser tachada de pertenencia a asociaciones o grupos irregulares o radicalizados, suponiendo que los informes se estén refiriendo a la misma. También resulta favorable la testifical depuesta por el sacerdote católico, representante del grupo «quextal», que defiende de ideario del humanismo cristiano dedicado a realizaciones fines lúdicas y deportivas en el que el recurrente ha participado desde hace seis años como monitor demostrando una conducta que califica de «ecuánime participativo, serio y pacifista» y niega tener constancia de su pertenencia a ningún movimiento radical.

(...)

Como acertadamente explica la sentencia de instancia, la denegación de la nacionalidad española al ahora recurrido en casación se debió a una razón bien concreta, a saber, porque en el expediente constaba un informe del CNI en el que tras apuntarse que «no constan datos sobre el citado que puedan suponer riesgo o amenaza para la seguridad nacional o motivar la denegación por razones de orden público o interés nacional», sin embargo se marcaba con una X la casilla correspondiente a «aparece vinculado a asociaciones, grupos o movimientos conocidos por sus actividades irregulares o radicalizados, en sus programas y procedimientos, desde un punto de vista político». Llama la atención, de entrada, la contradicción que supone que por un lado se sostenga que el solicitante no muestra ningún comportamiento desfavorable desde la perspectiva del orden público, y a la vez se afirme que forma parte de grupos irregulares y radicalizados. Realmente, no se comprende bien cómo pueden coincidir ambas apreciaciones, pues si se afirma que una persona no realiza ninguna actividad contraria al orden público, resulta difícil asumir que simultáneamente forma parte de esa clase de grupos. Tales afirmaciones debieron haberse explicado satisfactoriamente, pero nada de eso se hizo, pues el informe del CNI se mueve en términos muy vagos y genéricos (no se dio la menor indicación sobre qué clase de grupos son esos de los que se dice que el solicitante forma parte) y la Administración del Estado, en su contestación a la demanda, tampoco dio explicación alguna sobre el particular, ni aportó documentación alguna que per-

mitiera arrojar luz al respecto, ni pidió prueba de ninguna clase con esa finalidad.

Señalemos, en este sentido, que no cabía cargar sobre el actor en la instancia la prueba de demostrar que no pertenece a grupos radicales, cuando el reproche de la Administración se formuló en términos tan evanescentes que hacían prácticamente imposible refutar una acusación tan vacía de contenido. Correspondía a la propia Administración aclarar sus afirmaciones, lo que, insistimos, no hizo. No se trata de exigir a la Administración que proporcione detalles exhaustivos sobre las actividades de los Servicios de Inteligencia, sus operaciones en curso o sus fuentes de información; simplemente, se trata de dar un mínimo de datos sobre las razones determinantes de la decisión, que permitan al recurrente articular su defensa frente a las mismas, y a esta Sala conocer dichas razones y verificar que las mismas se ajustan a la legalidad y a la racionalidad que ha de guiar el ejercicio de las potestades administrativas. Y eso es lo que se echa en falta en este caso, pues en ningún momento ha dado la Administración ningún dato que permita simplemente saber qué concreto aspecto de la trayectoria vital del solicitante (ahora recurrido en casación) es el que se tuvo en cuenta para sostener esa imputación que sirvió de base para la denegación de la nacionalidad española.

No habiendo, pues, ningún dato concreto que permita sostener la implicación del demandante en actividades propias de grupos radicales, mientras que, por contra, son numerosos los datos que acreditan una correcta integración en la sociedad española, la conclusión del Tribunal a quo resulta plenamente lógica y razonable, por lo que, en definitiva, el motivo debe ser desestimado.

RÉGIMEN DE LA UNIÓN EUROPEA

Libre circulación de personas: un ciudadano de la Unión que haya residido más de cinco años en el territorio del Estado miembro de acogida con fundamento exclusivo en el Derecho nacional de ese Estado no adquiere un derecho de residencia permanente cuando durante ese período de residencia no reunía las condiciones enunciadas en la Directiva 2004/38/CE.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **27 de octubre de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-424/10**

Ponente: **Sra. Silva de Lapuerta**

Voz: **Libre circulación de personas: derecho de residencia permanente**

El Sr. Ziolkowski es un nacional polaco que llegó a Alemania en septiembre de 1989. Obtuvo un permiso de residencia por razones humanitarias válido desde julio de 1991 hasta abril de 2006.

La Sra. Szeja es una nacional polaca que llegó a Alemania en 1988. Obtuvo un permiso de residencia por razones humanitarias válido desde mayo de 1990 hasta octubre de 2005. Sus hijos nacieron en Alemania en 1994 y en 1996. Obtuvieron un permiso de residencia correspondiente al de su madre. El padre es un nacional turco que vive separado de los hijos pero ejerce conjuntamente con la Sra. Szeja el derecho de guarda y custodia.

En 2005, tanto el Sr. Ziolkowski como la Sra. Szeja y sus hijos solicitaron al Land Berlin la prórroga de sus permisos de residencia o, en su caso, la expedición de una certificación de su derecho de residencia permanente en virtud de Derecho de la Unión. La solicitud de la Sra. Szeja y sus hijos fue denegada. El Sr. Ziolkowski obtuvo la prórroga de su permiso de residencia hasta abril de 2006, pero posterior-

mente su nueva solicitud de prórroga fue denegada. Todos los interesados fueron informados de que podrían adoptarse contra ellos medidas de expulsión a su Estado de origen en caso de que no abandonaran el territorio alemán en un determinado plazo a partir de la fecha en la que hubieran adquirido firmeza esas resoluciones denegatorias del Land Berlin.

Según el Land Berlin, no era posible prorrogar los permisos de residencia de los demandantes en los litigios principales porque no estaban en condiciones de subvenir a sus necesidades. Tampoco era posible el reconocimiento de un derecho de residencia permanente en virtud del ordenamiento jurídico de la Unión porque los interesados no ejercían una actividad profesional ni estaban en condiciones de demostrar su capacidad para subvenir a sus necesidades.

El Verwaltungsgericht (tribunal de lo contencioso-administrativo) estimó los recursos interpuestos por los demandantes en los litigios principales, considerando que el derecho de residencia permanente en virtud del ordenamiento jurídico de la Unión debe reconocerse a todo ciudadano de la Unión que haya residido legalmente durante cinco años en el Estado miembro de acogida, sin que haya lugar a verificar la suficiencia de sus recursos. El Land Berlin interpuso recurso de apelación contra las sentencias del Verwaltungsgericht ante el Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (tribunal superior de lo contencioso-administrativo de los Länder de Berlín y de Brandenburgo), que modificó aquellas resoluciones judiciales mediante sentencias de 28 de abril de 2009.

Según estas últimas sentencias, sólo pueden computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del ordenamiento jurídico de la Unión los períodos cubiertos por el ciudadano interesado a partir de la fecha en la que su Estado de origen pasó a ser miembro de la Unión Europea. Además, a los efectos de dicha adquisición únicamente puede considerarse legal la residencia transcurrida con fundamento en el artículo 2, apartado2, de la FreizügG/EU, disposición que corresponde al artículo 7 de la Directiva 2004/38. Dado que en la fecha de la adhesión de su Estado de origen a la Unión, a saber, el 1 de mayo de 2004, los demandantes en los litigios principales no eran trabajadores ni disponían de recursos suficientes para subvenir a sus necesidades y no constituir una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida, el Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg estimó que no reunían las condiciones enunciadas en el citado artículo 2, apartado 2, de la FreizügG/EU, ni habían adquirido por consiguiente un derecho de residencia permanente en el sentido del artículo 4 bis de esa Ley.

Los demandantes en los litigios principales interpusieron recurso de casación contra las referidas sentencias del Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg ante el tribunal remitente.

El tribunal remitente hace suyas las apreciaciones del tribunal de apelación según las cuales los demandantes en los litigios principales no habían residido en Alemania conforme a las condiciones previstas por el Derecho de la Unión, sino con fundamento exclusivo en el Derecho nacional. No obstante, considera que, aun cuando dicha residencia no puede sustentar la adquisición del derecho de residencia permanente previsto en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38, le incumbe, sin embargo, plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia antes de pronunciarse.

En ese contexto, el Bundesverwaltungsgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, formuladas en términos idénticos en los asuntos C-424/10 y C-425/10:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 16, apartado 1, primera frase, de la Directiva (2004/38), en el sentido de que confiere a un ciudadano de la Unión, que reside legalmente, únicamente con fundamento en el Derecho nacional, desde hace más de cinco años en el territorio de un Estado miembro, pero que durante ese tiempo no ha cumplido los requisitos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva (2004/38), un derecho de residencia permanente en dicho Estado miembro?

2) Para determinar la duración de la residencia legal en el sentido del artículo 16, apartado 1, de la Directiva (2004/38), ¿deben computarse también los períodos de residencia del

ciudadano de la Unión en el territorio del Estado miembro de acogida anteriores a la adhesión de su Estado de origen a la Unión Europea?».

Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2010, se acordó la acumulación de los asuntos C-424/10 y C-425/10 a los efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia.

(...)

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

1) El artículo 16, apartado 1, de 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, ha de interpretarse en el sentido de que debe considerarse que un ciudadano de la Unión que haya residido más de cinco años en el territorio del Estado miembro de acogida con fundamento exclusivo en el Derecho nacional de ese Estado no adquiere un derecho de residencia permanente en virtud de dicha disposición cuando durante ese período de residencia no reunía las condiciones enunciadas en el artículo 7, apartado 1, de la misma Directiva.

2) En defecto de disposiciones específicas en el Acta de adhesión, los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, que se hayan cubierto de conformidad con las condiciones enunciadas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38, deben computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16, apartado 1, de ésta.

Ciudadanos de la Unión Europea. Libertad de circulación y residencia: limitaciones por razón de orden público; condena penal en otro Estado miembro por tráfico de estupefacientes. Derecho de la Unión: no se opone a la normativa nacional que restringe el derecho de un nacional de Estado miembro a trasladarse a otro Estado miembro al existir la citada condena siempre que se cumplan los requisitos de que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público, que la medida sea proporcional al objetivo que se quiere conseguir y que exista un control jurisdiccional.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **17 de noviembre de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-430/10**

Ponente: **Sr. Bonichot**

Voz: **Libertad de circulación de ciudadanos de la Unión Europea. Prohibición de abandonar el territorio nacional: condena penal**

El 2 de octubre de 2008, se condenó en Serbia al Sr. Gaydarov, nacional búlgaro, a una pena de nueve meses de prisión por tráfico ilícito de estupefacientes.

El 6 de noviembre de 2008, las autoridades búlgaras recibieron por vía diplomática una nota en la que se mencionaba dicha condena.

Sobre la base de esta información, con arreglo al artículo 76, apartado 5, de la ZBLD, el Director de la Policía adoptó el 13 de noviembre de 2008 una medida de prohibición de salida del territorio y de expedición de pasaporte u otro documento sustitutivo contra el Sr. Gaydarov.

Esta resolución se notificó al interesado el 16 de septiembre de 2009, fecha en la que ya

había cumplido la pena de prisión en Serbia y había regresado a Bulgaria.

El Sr. Gaydarov interpuso recurso contra dicha resolución ante el tribunal remitente, alegando, según éste, que ya había sido condenado en otro país y que la ley búlgara no le era de aplicación. El Director de la Policía afirmó que, por lo que a él respecta, había dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76, apartado 5, de la ZBLD.

Según el tribunal remitente, la autoridad administrativa competente ejerce esta facultad de manera discrecional.

El control judicial de la resolución se limita a la comprobación de la existencia del escrito o de los documentos oficiales que se mencionan en dicho artículo. El Tribunal administrativo supremo confirmó recientemente esta jurisprudencia con ocasión de un recurso contra una resolución similar adoptada contra un nacional búlgaro condenado en España (sentencia n.º 5013, de 16 de abril de 2010).

El tribunal remitente alberga una duda sobre la compatibilidad de la disposición controvertida de la ZBLD con el Derecho de la Unión, que, con arreglo a los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, así como al artículo 45, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la Directiva 2004/38, consagra el derecho de los ciudadanos de la Unión —estatus que tiene el Sr. Gaydarov— a circular y a residir libremente en territorio de los Estados miembros. Sin embargo, señala que, según el artículo 27 de dicha Directiva, los Estados miembros pueden limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión por razones de orden público y de salud pública. Por otro lado, el tribunal remitente observa que una medida de prohibición de salida del territorio, como la controvertida en el litigio principal, se basa en la obligación que recae sobre los Estados, en virtud del artículo 71 del CAAS, de adoptar las medidas de control en las fronteras exteriores para luchar contra el tráfico y el uso ilícitos de estupefacientes. Por último, dicho tribunal se pregunta sobre la aplicabilidad de los criterios que figuran en el artículo 27 de la Directiva 2004/38 a un nacional búlgaro, siendo así que esta Directiva no se ha transpuesto en Bulgaria, salvo en lo referido a la expedición de los documentos de identidad, pero no en la medida en que tiene por objeto la libertad de los nacionales búlgaros de desplazarse a otro Estado miembro.

Dadas estas circunstancias, el Administrativen sad Sofia-grad decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva (2004/38), en las circunstancias del procedimiento principal, en el sentido de que es de aplicación cuando se prohíbe a un nacional de un Estado miembro abandonar el territorio de su propio Estado por haber cometido en un tercer Estado un delito relacionado con estupefacientes, siempre que se den las siguientes circunstancias:

— que el Derecho interno no haya sido expresamente adaptado a las mencionadas disposiciones de la Directiva para los nacionales del propio Estado miembro;

— que las razones del legislador nacional para establecer los fines que justifican la limitación de la libre circulación de los nacionales búlgaros se basen en el Reglamento n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, y

— que la aplicación de las medidas administrativas se realice conforme al artículo 71 del CAAS y a la luz de los considerandos quinto y vigésimo del Reglamento n.º 562/2006 de la Unión y de las medidas adoptadas para su aplicación conforme al Derecho de la Unión, entre ellas el artículo 71, apartados 1, 2 y 5 del CAAS en relación con los considerandos quinto y vigésimo del Reglamento n.º 562/2006, en las circunstancias del procedimiento principal, que es admisible una normativa nacional que dispone que un Estado miembro imponga la medida administrativa coercitiva de «no permitirle abandonar el país» a uno de sus nacionales por la comisión de un delito relacionado con estupefacientes,

si dicho nacional ya ha sido condenado por un órgano jurisdiccional de un tercer Estado por esos mismos hechos?

3) ¿Las limitaciones y condiciones previstas para el ejercicio de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y de las medidas adoptadas para su aplicación conforme al Derecho de la Unión, entre ellas el artículo 71, apartados 1, 2 y 5, del (CAAS) en relación con los considerandos quinto y vigésimo del Reglamento n.º 562/2006, se han de interpretar en las circunstancias del procedimiento principal en el sentido de que con la condena del nacional de un Estado miembro por un órgano jurisdiccional de un tercer Estado por unos hechos que, con arreglo al Derecho de ese Estado miembro, constituyen un delito grave doloso relacionado con estupefacientes, por razones de prevención general y especial, incluida la garantía de una mayor protección de la salud de terceros, conforme al principio de cautela, ha quedado acreditado que la conducta personal de dicho nacional representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad, concretamente para un período de tiempo futuro precisado en la ley y no vinculado a la duración de la condena impuesta, pero que se inscribe en los límites del plazo de rehabilitación?».

(...)

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

Los artículos 21 TFUE y de la 27 de 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, no se oponen a una normativa nacional que permite restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido condenado penalmente en otro Estado por tráfico de estupefacientes, siempre que, en primer lugar, la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; en segundo lugar, que la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo, y, en tercer lugar, que dicha medida pueda ser objeto de un control jurisdiccional efectivo que permita comprobar su legalidad de hecho y de Derecho en relación con las exigencias del Derecho de la Unión.

Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea: prohibición de salida del territorio nacional; existencia de deuda fiscal impagada. Derecho de la Unión: no se opone a dicha prohibición siempre y cuando no se fundamente únicamente en la existencia de dicha deuda de la sociedad de la que el demandante es gerente, sin tener en cuenta el comportamiento personal del mismo y su posible amenaza para el orden público, y siempre que dicha medida sea proporcional al objetivo que se persigue.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **17 de noviembre de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-434/10**

Ponente: **Sr. Bonichot**

Voz: **Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea. Prohibición de salida del territorio nacional. Deuda fiscal impagada**

El Sr. Aladzhov, nacional búlgaro, es uno de los tres gerentes de la sociedad Yu.B.N. Kargo.

Mediante una liquidación tributaria de 10 de octubre de 1995, una providencia de recauda-

ción de 20 de agosto de 1999, un requerimiento de pago de 10 de abril de 2000 y una notificación de 26 de septiembre de 2001, el Estado búlgaro intentó sin lograrlo el cobro de una deuda fiscal por importe total de 44.449 BGN (unos 22.000 euros), correspondiente al impuesto sobre el valor añadido y a derechos de aduana, más los intereses correspondientes.

El tribunal remitente puntualiza que ese crédito no ha prescrito y que los embargos de las cuentas bancarias de la sociedad y de los vehículos pertenecientes a ésta, practicados el 19 de junio de 2009, no permitieron el cobro de la cantidad reclamada ya que no había saldo suficiente en esas cuentas ni pudieron localizarse los vehículos.

En consecuencia, a solicitud de la Agencia nacional de ingresos públicos, de 30 de julio de 2009, conforme al artículo 221, apartado 6, punto 1, letras a) y b), del Código de procedimiento tributario y de seguridad social, el 25 de noviembre de 2009 el Director adjunto adoptó contra el Sr. Aladzhov, con fundamento en el artículo 75, punto 5, de la ZBLD, una decisión de prohibición de salida del país, hasta el pago del crédito del Estado o hasta la constitución de una garantía de su pago íntegro. El tribunal remitente precisa que el Director adjunto actuaba en virtud de una competencia reglada para adoptar esa medida.

El Sr. Aladzhov solicitó al tribunal remitente la anulación de esa decisión y alegó que, al ser también director de ventas de otra sociedad, Bultrako AD, el importador oficial de la marca Honda en Bulgaria, esa prohibición de salida del país obstaculiza gravemente el ejercicio de su actividad profesional, que requiere numerosos desplazamientos al extranjero.16 El tribunal remitente señala que el Sr. Aladzhov, como ciudadano de la Unión, podía invocar, incluso frente a las autoridades del Estado del que es nacional, los derechos inherentes a ese estatuto, y en particular el derecho a la libre circulación, en virtud de los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y del artículo 45, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Ha observado no obstante que ese derecho no es incondicional y puede ser objeto de las limitaciones o las condiciones previstas por el Tratado FUE y por las disposiciones adoptadas para su aplicación. El tribunal remitente también indica que, si bien el artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2004/38 establece que la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión puede limitarse por razones de orden público, la Constitución búlgara no prevé esa causa de limitación de la libertad de circulación de los ciudadanos búlgaros. En cambio, la Constitución reconoce un motivo fundado en la protección de los derechos y libertades de los demás ciudadanos, que no prevé la Directiva 2004/38.

Ese tribunal señala además que la decisión controvertida no se adoptó con fundamento en la Ley que transpuso al Derecho búlgaro la Directiva 2004/38, sino en virtud de otra legislación.

Por otro lado, el tribunal remitente observa que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las medidas restrictivas de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión deben estar justificadas por una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad y que deben ser necesarias y proporcionadas.

También ha señalado al respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha estimado que el objetivo de cobro efectivo de los créditos fiscales puede ser un motivo legítimo de restricción de la libertad de circulación garantizada por el artículo 2 del Protocolo n.º 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (véase TEDH, sentencia Riener c. Bulgaria de 23 de mayo de 2006).

El tribunal remitente también constata que, aunque la Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2008, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas (DO L 150, p. 28) y el Reglamento (CE) n.º 1179/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas normas de la Directiva 2008/55 (DO L 319, p. 21) prevén un mecanismo de asistencia mutua entre los Estados miembros en materia de cobro de los créditos, en los autos no consta que

en virtud de ese mecanismo se hubieran puesto en práctica medidas para el cobro del crédito referido.

Por último, el tribunal remitente señala que las disposiciones nacionales relativas a la adopción de la medida de prohibición de salida del territorio no exigen el examen por la autoridad administrativa de la incidencia de la medida en la situación profesional del interesado ni en la actividad comercial de la sociedad deudora, y por tanto en su capacidad de pago de la deuda.

En estas circunstancias, el Administrativen sad Sofia-grad decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) La prohibición de salir del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, impuesta a un nacional de dicho Estado en su condición de gerente de una sociedad mercantil registrada conforme al Derecho de ese Estado, debido al impago de una deuda de esa sociedad frente a la Administración Pública, ¿está comprendida en el motivo de protección del "orden público" previsto en el artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2004/38 (…), cuando concurren las circunstancias del litigio principal y, simultáneamente, las condiciones siguientes:

— la Constitución de dicho Estado miembro no prevé ninguna limitación de la libertad de circulación de las personas físicas con el fin de proteger el "orden público";

— el motivo basado en el "orden público" como fundamento de la prohibición citada está previsto en una ley nacional que se adoptó para transponer una disposición diferente del Derecho de la Unión Europea;

— el motivo basado en el "orden público", en el sentido de la citada disposición de la Directiva, abarca también el motivo basado en la "protección de los derechos de los demás ciudadanos", dado que se adopta una medida para garantizar los ingresos presupuestarios del Estado miembro mediante el cobro del crédito público?

2) De las limitaciones y condiciones previstas para el ejercicio de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, así como de las medidas adoptadas para su aplicación conforme al Derecho de la Unión, en las circunstancias del litigio principal, ¿se deduce la licitud de una normativa nacional que prevé la adopción por un Estado miembro de la medida administrativa coercitiva de "prohibición de salir del país" contra uno de sus nacionales, en su condición de gerente de una sociedad mercantil registrada conforme al Derecho de ese Estado, debido al impago de una deuda de dicha sociedad frente a la Administración Pública de ese mismo Estado, calificada por la normativa de éste como de cuantía "considerable", en caso de que para el cobro de dicha deuda sea posible la aplicación del procedimiento de asistencia mutua entre Estados miembros, previsto por la Directiva 2008/55 […] así como por el Reglamento n.º 1179/2008 […]?

3) El principio de proporcionalidad, las limitaciones y las condiciones para el ejercicio de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, así como las medidas adoptadas para su aplicación conforme al Derecho de la Unión Europea, y en particular los criterios previstos en el artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38 (…), en las circunstancias del litigio principal, ¿han de interpretarse en el sentido de que permiten, en caso de existir una deuda de una sociedad mercantil registrada conforme al Derecho de un Estado miembro frente a la Administración Pública, calificada por el Derecho de ese Estado como "deuda de cuantía considerable", que se prevea la prohibición de salir de dicho Estado miembro, impuesta a una persona física, gerente de la sociedad deudora, cuando simultáneamente concurren las siguientes circunstancias:

a) la existencia de una "deuda de cuantía considerable" frente al Estado se considera como una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés superior de la sociedad, contra la que el legislador estimó que debía establecer la medida específica de "prohibición de salir del país";

b) no se prevé la valoración de las circunstancias relativas a la conducta personal del

gerente y al menoscabo de sus derechos fundamentales, como su derecho al ejercicio de una actividad profesional, en otra relación laboral que implica viajes al extranjero;

c) no se tienen en cuenta las consecuencias para la actividad mercantil de la sociedad deudora, ni las posibilidades de pagar la deuda frente al Estado, tras imponerse la prohibición;

d) la prohibición se impone a raíz de una solicitud que tiene carácter vinculante si certifica que existe una deuda de "cuantía considerable" a cargo de una sociedad mercantil concreta frente al Estado, que el importe del principal y de los intereses de esa deuda no están garantizados y que la persona contra la que se ha solicitado la imposición de la prohibición tiene la condición de directivo de esa sociedad mercantil;

e) la prohibición se impone hasta el pago o garantía íntegros del crédito del Estado, sin que se haya previsto que el destinatario de esa prohibición pueda solicitar su revisión a las autoridades que la impusieron ni se haya tenido en cuenta el plazo de prescripción previsto para el pago de la deuda?».

(...)

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

1) El Derecho de la Unión no se opone a una disposición legislativa de un Estado miembro que permite a la autoridad administrativa prohibir a un nacional de ese Estado la salida de éste debido a que no se ha pagado una deuda fiscal de la sociedad de la que es uno de los gerentes, con la doble condición sin embargo de que la medida en cuestión tenga por objeto responder en ciertas circunstancias excepcionales, que podrían derivar en especial de la naturaleza o de la importancia de esa deuda, a una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y de que el objetivo así pretendido no obedezca sólo a fines económicos. Corresponde al juez nacional verificar el cumplimiento de esas dos condiciones.

2) Suponiendo incluso que en el asunto principal la medida de prohibición de salida del territorio que afecta al Sr. Aladzhov hubiera sido adoptada conforme a las condiciones previstas por el artículo 27, apartado 1, de 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, las condiciones enunciadas en el apartado 2 del mismo artículo se oponen a esa medida

— si ésta se basa únicamente en la existencia de la deuda fiscal de la sociedad de la que ese demandante es uno de los gerentes, y en virtud sólo de esa cualidad, con exclusión de toda apreciación específica del comportamiento personal del interesado y sin referencia alguna a una amenaza cualquiera que éste constituya para el orden público, y

— si la prohibición de salida del territorio no es apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y va más allá de lo necesario para lograrlo.

Corresponde al tribunal remitente comprobar si sucede así en el asunto del que conoce.

Expulsión por estancia irregular. Procedimiento de retorno: el internamiento debe responder a la preparación de la expulsión. La prisión durante el periodo voluntario de retorno es contrario a la normativa comunitaria, ya que impide la expulsión según el procedimiento establecido. Cumplido el procedimiento de retorno los Estados podrán aplicar las sanciones penales que correpondan siempre que no exista un motivo justificado para el no retorno.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **6 de diciembre de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-329/11**

Ponente: **Sr. Ilesic**

Voz: **Procedimiento de retorno. No es posible la prisión del extranjero irregular**

El 24 de junio de 2011, en Maisons-Alfort (Francia), la Policía llevó a cabo controles de identidad en la vía pública. Uno de los individuos interrogados durante dichos controles declaró llamarse Alexandre Achughbabian y haber nacido en Armenia el 9 de julio de 1990.

Según el acta levantada por la Policía, el Sr. Achughbabian declaró asimismo tener la nacionalidad armenia.

No obstante, él desmiente haber realizado tal declaración.

Al sospecharse que había cometido y seguía cometiendo el delito tipificado en el artículo L. 621-1 del Ceseda, el Sr. Achughbabian fue sometido a detención preventiva.

Un examen más detenido de la situación del Sr. Achughbabian reveló entonces que el interesado había entrado en Francia el 9 de abril de 2008 y había solicitado en ese país la concesión de un permiso de residencia; que esta petición fue denegada el 28 de noviembre de 2008, y que el préfet du Val-d'Oise confirmó dicha denegación el 27 de enero de 2009 y dictó, además, una orden, notificada al Sr. Achughbabian el 14 de febrero de 2009, obligándolo a abandonar el territorio francés en el plazo de un mes.

El 25 de junio de 2011, el préfet du Val-de-Marne dictó una orden administrativa de expulsión y una orden de internamiento, que fueron notificadas al Sr. Achughbabian.

El 27 de junio de 2011, el juez competente en materia de libertad y de privación de libertad del tribunal de grande instance de Créteil, al que se acudió en virtud del artículo L. 552-1 del Ceseda para que resolviese sobre la prórroga del internamiento más allá de cuarenta y ocho horas, ordenó dicha prórroga y desestimó las excepciones de nulidad planteadas por el Sr. Achughbabian contra, en particular, la detención preventiva de la que acababa de ser objeto.

Una de dichas excepciones se basaba en la sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, Rec. p. I-0000), por la cual el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2008/115 se opone a la normativa de un Estado miembro que establece una pena de prisión por el único motivo de que un nacional de un tercer país en situación irregular permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de abandonardicho territorio en un plazo determinado. Según el Sr. Achughbabian, de la referida sentencia se desprende que la pena de prisión que establece el artículo L. 621-1 del Ceseda es incompatible con el Derecho de la Unión. Habida cuenta de dicha incompatibilidad y de la norma en virtud de la cual sólo puede decretarse la detención preventiva en caso de sospecha de comisión de un delito castigado con pena de prisión, el procedimiento seguido en el presente asunto es, a su juicio, irregular.

El 28 de junio de 2011, el Sr. Achughbabian recurrió en apelación ante la cour d'appel de Paris la resolución del juez competente en materia de libertad y de privación de libertad del tribunal de grande instance de Créteil. La cour d'appel hizo constar que el Sr. Achughbabian tiene la nacionalidad armenia, que fue objeto de detención preventiva y, posteriormente, de internamiento por hallarse en situación irregular, y que alegó la

incompatibilidad del artículo L.621-1 del Ceseda con la Directiva 2008/115, tal como se interpretó en la sentencia El Dridi, antes citada.

En estas circunstancias, la cour d'appel de Paris resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se opone la Directiva [2008/115], habida cuenta de su ámbito de aplicación, a una norma nacional, como el artículo L. 621-1 del [Ceseda], que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país con motivo únicamente de la irregularidad de su entrada o de su estancia en el territorio nacional?».

Además, el órgano jurisdiccional remitente puso fin al internamiento del Sr. Achughbabian.

A petición del órgano jurisdiccional remitente, la Sala designada examinó la necesidad de tramitar el presente asunto por el procedimiento de urgencia establecido en el artículo 104 ter del Reglamento de procedimiento. Dicha Sala decidió, oído el Abogado General, desestimar la solicitud.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) 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

— se opone a una normativa de un Estado miembro 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 artículo 8 de la citada 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.

Seguridad Social. Trabajador residente en un Estado miembro de la Unión Europea diferente al Estado de prestación de los servicios profesionales. Cuestión prejudicial. Consideración de las instalaciones situadas sobre la plataforma continental del Estado miembro como ámbito territorial de aplicación de las prestaciones aseguradas por el Estado.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **17 de enero de 2012**

Cuestión prejudicial: **C-347/10**

Ponente: **Sr. Schiemann**

Voz: **Seguridad Social: ámbito territorial de las prestaciones**

El Sr. Salemink, de nacionalidad neerlandesa, trabajó, a partir de 1996, como enfermero, y parcialmente como radiógrafo, en una plataforma de producción de la sociedad Nederlandse Aardolie Maatschappij. Dicha plataforma está situada fuera de las aguas territoriales neerlandesas, sobre la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, a una distancia de aproximadamente 80 kilómetros de la costa neerlandesa.

El 10 de septiembre de 2004, el Sr. Salemink trasladó su residencia a España.

Antes de trasladarse a España, el Sr. Salemink estaba asegurado con carácter obligatorio con arreglo a la ZW, cuyo artículo 3, apartado 2, dispone que no se considerará trabajador por cuenta ajena a la persona que desempeñe su trabajo fuera de los Países Bajos, salvo que resida en los Países Bajos y que su empleador también resida o esté establecido dicho Estado miembro.

Después de su traslado a España, el Sr. Salemink dejó de cumplir el requisito de residencia que establece el mencionado artículo 3, apartado 2, y, en consecuencia, quedó excluido del seguro con carácter obligatorio, en particular ante la incapacidad laboral.

Con efectos a partir del 4 de octubre de 2004, se admitió al Sr. Salemink al seguro voluntario que, no obstante, finalizó a continuación debido al impago de las cuotas. Los intentos posteriores llevados a cabo por el Sr. Salemink en 2006 para ser admitido al seguro voluntario no dieron ningún resultado debido a que dicho trámite se efectuó fuera de plazo.

Tras hacer constar, el 24 de octubre de 2006, que estaba enfermo, el Sr. Salemink solicitó, el 11 de septiembre de 2007, una prestación por incapacidad laboral con arreglo a la WIA, con efectos a partir del 24 de octubre de 2008.19 El Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Instituto de gestión de los seguros para los trabajadores por cuenta ajena; en lo sucesivo, «UWV») denegó dicha solicitud basándose en que el Sr. Salemink, en la fecha de inicio de la incapacidad laboral, es decir, el 24 de octubre de 2006, no estaba asegurado con carácter obligatorio. Como el Sr. Salemink residía desde el 10 de septiembre de 2004 fuera de los Países Bajos, el UWV consideró que ya no estaba asegurado con carácter obligatorio a partir de esa fecha.

Ante el Rechtbank Amsterdam, el Sr. Salemink sostuvo que tenía derecho a percibir una prestación por incapacidad laboral sobre la base del Reglamento n.º 1408/71 que, en su opinión, se aplica a la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, que debe considerarse parte del territorio neerlandés. A este respecto, invoca la política preconizada por el Sociale Verzekeringsbank (Banco de Seguros Sociales; en lo sucesivo, «SVB»), a partir del 1 de enero de 2006, basada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1994, Aldewereld (C-60/93, Rec. p. I-2991), y que tiene por objeto considerar a los trabajadores por cuenta ajena que trabajan en la plataforma continental adyacente a los Países Bajos asegurados con arreglo a la seguridad social neerlandesa.

El órgano jurisdiccional remitente describe dicha política del modo siguiente:

«El SVB considera que el título II del Reglamento (n.º 1408/71) es aplicable cuando un trabajador vive en el territorio de la Comunidad, pero trabaja fuera del territorio de la Comunidad para un empleador establecido dentro de ésta. El SVB infiere de los fundamentos de Derecho de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Prodest, 237/83, Rec. p. 3153, y Aldewereld, antes citada, el requisito de que el trabajador por cuenta ajena debe estar asegurado, inmediatamente antes de ejercer una actividad laboral fuera de la Comunidad, en el Estado miembro en el que esté establecido su empleador, o de que esté asegurado conforme a la legislación nacional de ese Estado miembro mientras trabaje fuera de la Comunidad. Siempre que se cumpla uno de estos requisitos, el SVB considera que la legislación del Estado miembro del empleador será aplicable durante el período en que se desempeñe el trabajo fuera de la Comunidad».

Pues bien, el UWV consideró que, después de trasladarse a España, el Sr. Salemink ya no cumplía los requisitos de afiliación al seguro obligatorio.

El órgano jurisdiccional remitente expresa sus dudas acerca del alcance de la aplicabilidad del Reglamento n.º 1408/71 a la plataforma continental en cuestión. Se pregunta si no procede distinguir entre, por un lado, el territorio sobre el que un Estado miembro es soberano y, por otro, el territorio en el que es competente para ejercer derechos de soberanía limitados, pero en el que dispone de la competencia de no ejercerlos —como hizo, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, el Estado neerlandés por lo que atañe la normativa de la seguridad social en

la plataforma continental—. De este modo, se plantea la cuestión de si un Estado miembro está facultado para tratar de modo distinto, dentro de los límites de la competencia funcional que ejerce sobre la plataforma continental, a quienes trabajan por cuenta ajena en ésta y a quienes lo hacen en el territorio de dicho Estado.

El órgano jurisdiccional remitente admite que la negativa de la UWV puede ser incompatible con el principio de libre circulación de los trabajadores, pues el Sr. Salemink ha perdido una ventaja de la que disfrutaba mientras residía en los Países Bajos. No obstante, se pregunta si dicha incompatibilidad puede atenuarse por el hecho de que el Sr. Salemink estaba en condiciones de asegurarse con carácter voluntario e hizo uso de dicha posibilidad.

En conclusión, el órgano jurisdiccional remitente observa que el requisito de residencia que enuncia el artículo 3, apartado 2, de la ZW es un criterio problemático ya que puede dar lugar a una discriminación por razón de la nacionalidad.

Dadas estas circunstancias, el Rechtbank Amsterdam decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «Las normas de Derecho comunitario europeo que tienen por objeto el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, en particular las contenidas en los títulos I y II del Reglamento n.º 1408/71, y los artículos 39 y 299 del Tratado CE [...], ¿se oponen a que el trabajador por cuenta ajena que ejerce su actividad fuera del territorio neerlandés en una instalación fija en la zona neerlandesa de la plataforma continental, para un empresario establecido en los Países Bajos, no esté asegurado conforme al sistema nacional de seguro obligatorio de los trabajadores por cuenta ajena, exclusivamente porque no reside en los Países Bajos, sino en otro Estado miembro (en este caso, España), aunque posea nacionalidad neerlandesa y aunque se le ofrezca la posibilidad de contratar un seguro voluntario en las mismas condiciones, en esencia, que las que se aplican al seguro obligatorio?»

(...)

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

El artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, a su vez en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, y el artículo 39 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un trabajador que ejerce sus actividades profesionales en una instalación fija situada sobre la plataforma continental adyacente a un Estado miembro no esté asegurado con carácter obligatorio en dicho Estado miembro en virtud de la normativa nacional sobre seguros sociales, por la única razón de que no reside en éste sino en otro Estado miembro.

II. COMENTARIO A LA STC 145/2011: UNA NUEVA VISIÓN DE LA MOTIVACIÓN EN MATERIA SANCIONADORA

César Tolosa Tribiño

Presidente del TSJ de Cantabria

RESUMEN

Comentario a la STC 145/2011: una nueva visión de la motivación en materia sancionadora

La regulación legal de la extranjería se caracteriza tanto por una legislación que carece de estabilidad y es objeto de frecuentes e importantes reformas como por la constante necesidad de que esa misma legislación, y su aplicación por la Administración, sea corregida o matizada por nuestros Tribunales.

En materia de expulsión, la consecuencia más grave prevista para los incumplimientos en materia de extranjería, tanto la regulación legal como los criterios jurisprudenciales han sufrido una importante evolución desde la absoluta discrecionalidad administrativa hasta formas de mayor o menor exigencia de motivación.

En esta lenta evolución el último episodio se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional número 145/2011, de 26 de septiembre, que no se limita a avanzar exclusivamente en la cuestión de la motivación de las órdenes de expulsión, sino que plantea y soluciona otra serie de cuestiones de gran interés.

Palabras clave: Motivación, expulsión, medidas cautelares, propuesta de resolución, procedimiento sancionador.

ABSTRACT

Comment to STC 145/2011: a new vision of the motivation on sanctioning matters

The legal regulation of immigration law is characterized by both a legislation that lacks stability and it is object of frequent and important amendments and by the constant necessity that the legislation itself and its application by the Administration, be amended or clarified by our Courts.

Regarding expulsions, the most serious foreseen consequence for the non-compliances in immigration matters, as much the legal regulation as the jurisprudential approaches have come across an important evolution from the absolute administrative discretion, to ways of higher or lower demand of motivation.

In this slow evolution the last episode is included in the sentence of the Constitutional Court number 145/2011, of September 26th, and it does not limit to go further exclusively in the matter of the motivation of the expulsion orders, but rather it outlines and solves another series of issues of great interest.

Key words: Motivation, expulsion, precautionary measures, court decision proposal, disciplinary proceeding.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA POSICIÓN FAVORABLE A LA ADOPCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DE LA EXPULSIÓN.

III. LA TRASCENDENCIA DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

IV. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE EXPULSIÓN.

V. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR.

VI. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE JUSTIFICAN LA EXPULSIÓN.

VII. LOS ANTECEDENTES POLICIALES Y LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL.

VIII. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA.

I. INTRODUCCIÓN

La materia referente a la extranjería se está caracterizando en España por dos notas, cuya valoración no puede ser positiva. De una parte la legislación carece de estabilidad y es objeto de frecuentes e importantes reformas. De otro lado, la técnica legislativa empleada provoca que, en más ocasiones de las deseadas, deban ser los Tribunales de Justicia o el propio Tribunal Constitucional los que establezcan delimitaciones, matizaciones, criterios o interpretaciones sobre la aplicación concreta de dicha legislación.

En materia de expulsión, la consecuencia más grave prevista para los incumplimientos en materia de extranjería, tanto la regulación legal como los criterios jurisprudenciales van modificándose con una lentitud poco aconsejable, habiendo evolucionado desde la absoluta discrecionalidad administrativa hasta formas de mayor o menor exigencia de motivación.

En esta lenta evolución el último episodio se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional número 145/2011, de 26 de septiembre, cuyo comentario se hace a continuación.

II. LA POSICIÓN FAVORABLE A LA ADOPCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DE LA EXPULSIÓN

Pese a que, evidentemente, el contenido de la sentencia que estamos analizando no tiene por objeto el examen de la adopción de medidas cautelares, no es menos cierto que, en sus Antecedentes, concretamente en el quinto, se hace referencia a que «El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 10 de septiembre de 2010, estimó procedente que se acordase la suspensión solicitada por entender que, conforme a lo razonado en los citados AATC 82/1999 y 356/2008, la ejecución de la sanción haría perder al amparo su finalidad, toda vez que los perjuicios de carácter personal, económico y familiar derivados de dicha ejecución serían de imposible resarcimiento en caso de estimarse el recurso de amparo. Finalmente esta Sala, mediante el ATC 156/2010, de 15 de noviembre, acordó suspender la ejecución de las resoluciones impugnadas».

Consecuentemente, el Ministerio Fiscal apoyó la pretensión de la parte recurrente en amparo, por la que solicitaba la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución de expulsión, pretensión que, en definitiva, estimó la Sala mediante Auto 156/2010, de 15 de noviembre.

El referido Auto estima la conveniencia de adoptar la medida cautelar, basándose en el siguiente razonamiento: «Por lo que respecta a la expulsión de los extranjeros del territorio nacional este Tribunal ha señalado ya que la ejecución de las resoluciones que la acuerdan "podría convertir en ilusoria una eventual concesión del amparo, porque, por un lado, lo que se trataría de impedir con el recurso ya habría tenido lugar y, por otro, pese a que una eventual concesión del amparo pudiera tener como consecuencia la posibilidad de que el recurrente regresase a nuestro país, los perjuicios de carácter personal, económico y familiar serían de imposible resarcimiento (ATC 82/1999, de 12 de abril, FJ 2)" (ATC 356/2008, de 10 de noviembre, FJ único)».

La importancia de esta resolución radica en la comprobación de cómo, partiendo de una similar regulación legal, el Tribunal Constitucional adopta, en materia de medidas cautelares, una posición bastante alejada y más flexible que la que sostienen los Tribunales ordinarios.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el art. 56 LOTC sólo procede acordar la suspensión de las resoluciones impugnadas mediante el recurso de amparo, por excepción a la regla general (art. 56.1 LOTC), cuando su ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que hiciera perder al amparo su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona (art. 56.2 LOTC).

Esto es, los criterios a valorar en sede constitucional son tanto la pérdida de la finalidad del recurso (*periculum in mora*) como la posible perturbación de los intereses constitucionalmente protegidos.

En la jurisdicción ordinaria, los criterios se definen por: a) El carácter prevalente del criterio del *periculum in mora*. Conforme al artículo 130.1 LJCA, «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». b) El criterio de la ponderación de intereses, tanto generales como de terceros. Conforme al artículo 130.2 LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Se observa, pues, la identificación de criterios, sin embargo, en los casos de expulsión, la jurisdicción ordinaria, en contra del criterio que antes hemos expuesto del Tribunal Constitucional, viene a sostener, de forma uniforme, que «esa pérdida de la finalidad del recurso no se produce simplemente por el hecho de que el actor se vea obligado a regresar a su país de origen durante la tramitación del procedimiento, sino que es además preciso que se acrediten perjuicios adicionales, que se producirán cuando exista arraigo social, económico, familiar, laboral o profesional. Así, podemos citar las SSTS de cuatro de noviembre de 2005, 13 de noviembre de 2000, 18 de septiembre de 1995, 24 de noviembre de 2004, dos de junio de 2001, veinte de enero de 2001 y 28 de diciembre de 1998, entre otras muchas. Afirma el TS que, en otro caso, se invertiría, en los casos de la expulsión del territorio nacional, el principio de ejecutividad del acto administrativo y la suspensión se convertiría en automática (SSTS de 25 de noviembre de 1995, 17 de febrero de 1996 y de 24 de noviembre de 2004, entre otras muchas)» (STSJ de Valencia de 3 de julio de 2009).

Esa discrepancia de criterios no parece que tenga una especial justificación, de forma tal que, partiendo de los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional, se podría revisar la doctrina que sobre las medidas cautelares defienden nuestros Tribunales, doctrina que gira esencialmente sobre el concepto del «arraigo».

III. LA TRASCENDENCIA DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Para comprender mejor la controversia jurídica planteada en el recurso de amparo, conviene partir de la relación de hechos que contiene la propia sentencia: a) «El 24 de junio de 2008 el instructor del procedimiento elevó propuesta de resolución —que no le fue notificada al demandante de amparo— en la que proponía su expulsión del territorio español por un período de diez años, destacando, junto a la permanencia ilegal en España, que con anterioridad al inicio del expediente había sido detenido en tres ocasiones, en aplicación de la legislación sobre extranjería, incoándose otros tantos expedientes de expulsión, posteriormente archivados; que el expedientado no acreditaba tener relación laboral u oferta de empleo, ni vínculos significativos con la sociedad española; y, sobre todo, que tenía antecedentes policiales por abuso sexual; asimismo, constaba la apertura de unas diligencias previas por delito de malos tratos en el ámbito familiar y la adopción de una orden judicial de alejamiento respecto de su esposa (datos que no aparecían en el acuerdo de incoación notificado)». b) «La Delegada del Gobierno en Madrid acordó, mediante resolución de 8 de septiembre de 2008, imponer al demandante la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un periodo de diez años, en atención a que las manifestaciones contenidas en el escrito de alegaciones no "desvirtúan los hechos imputados, constando en el expediente además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, al haber sido detenido en varias ocasiones por presuntos delitos de malos tratos en el ámbito familiar y abuso sexual, que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanaría su situación irregular en España"».

Afirma el art. 231 RLOEX que «Concluida en su caso la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará la propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos y se especificarán los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables y se fijará la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por su instructor, o bien se propondrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad».

La propuesta de resolución se ha configurado como un trámite esencial, un trámite que forma parte del núcleo de las garantías del artículo 24 de la Constitución Española. Por ello, es constante la jurisprudencia que anula las sanciones en cuyo expediente no consta la propuesta de resolución y las sanciones en que dicha propuesta no se ha comunicado previamente al interesado, o cuando menos se le ha dado la oportunidad de conocerla por medio de un trámite de audiencia y vista del expediente con carácter previo a la resolución.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es muy clara en cuanto a la función de la propuesta de resolución sancionadora y las consecuencias de su omisión o falta de notificación. En este sentido, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989 de 6 de febrero, «sin ningún género de dudas, el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador forma parte de las garantías que establece el artículo 24.2 de la Constitución, pues sin él no hay posibilidades de defensa en el ámbito del procedimiento». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1999 resume así una doctrina jurisprudencial consolidada, cuando afirma que «cabe afirmar que el derecho a ser informado de la acusación se satisface normalmente en el procedimiento sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa».

Sentada esta doctrina general sobre la trascendencia de la propuesta de resolución, la sentencia que estamos analizando aborda las consecuencias jurídicas derivadas de que se hayan tenido en cuenta en la resolución hechos y circunstancias, no constando en el acuerdo de iniciación del expediente, que fueron introducidas con posterioridad en la propuesta de resolución, sin que la misma fuera objeto de notificación al interesado, el cual perdió toda posibilidad de efectuar alegaciones sobre tales hechos.

Según la sentencia, y tras examinar la cuestión referente a la motivación de las resoluciones de expulsión, «Precisamente, en el presente caso la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa, se sustentó en los nuevos datos incorporados en la propuesta de resolución. En efecto, en la resolución definitiva de la Delegada del Gobierno en Madrid se afirma que constan en el expediente, «además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, al haber sido detenido en varias ocasiones por presuntos delitos de malos tratos en el ámbito familiar y abuso sexual, que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanaría su situación irregular en España».

Esos hechos nuevos incorporados a la propuesta de resolución, que no fue notificada, no implicaban una nueva calificación jurídica ni tampoco la imposición de una sanción distinta de la anunciada, pero sí eran relevantes desde el punto de vista de la licitud de la opción de la Administración en favor de la sanción de expulsión frente a la de multa, pese a lo cual no le fue posible al demandante de amparo cuestionar la relevancia de esas detenciones mediante los documentos acreditativos del archivo o de su absolución en los procedimientos correspondientes, algo que sólo pudo hacer en la vía judicial, precisamente como consecuencia de la falta de notificación de la propuesta de resolución».

IV. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE EXPULSIÓN

En materia de motivación de las órdenes de expulsión, conviene recodar que la nueva redacción del art. 57.1 LOEX es similar a la anterior, señalándose que «Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Or-

gánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo».

Al referirse a este precepto, y tras analizar la cuestión referente a la proporcionalidad y la motivación, el informe del CGPJ a la Ley 2/2009 concluye que «De ahí que quepa apuntar la conveniencia de incluir expresamente en el texto del Anteproyecto la exigencia de motivación de la resolución sancionadora, además de la necesaria audiencia del interesado en el procedimiento sancionador, en los términos ya expuestos en otra parte del presente informe».

Efectivamente, como ya señalara el propio Consejo en un informe anterior sobre el Reglamento de la Ley «la motivación es la expresión de las razones de la decisión tomada y de sus fundamentos, facilita al destinatario su impugnación (por lo que contribuye a delimitar su actuación defensiva) y, lo más importante, facilita su control jurisdiccional; una esfera de actuaciones carentes de motivación, aun sucinta y breve, promueve la presencia de zonas de inmunidad de imposible o muy difícil control, contrariando lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución, dejando carente de contenido el control judicial de la Administración.

Además, la motivación es otro mecanismo por el que se dificulta la arbitrariedad de los poderes públicos, contribuyendo a su interdicción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución».

Por su parte el art. 245.1 RLOEX establece que «La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada, con indicación de los recursos que contra ella puedan interponerse, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para su presentación, de conformidad con lo establecido en el art. 222».

El problema de la motivación de las órdenes de expulsión es una cuestión que sigue abierta, si bien puede afirmarse que estamos ante criterios jurisprudenciales suficientemente consolidados que dotan a la cuestión de un cierto grado de seguridad jurídica. El estado actual de la cuestión puede resumirse en un criterio general de naturaleza antiformalista y una serie de pronunciamientos concretos que valoran circunstancias justificativas de la imposición de la medida de expulsión.

En la STS de 24 de junio de 2008 se afirma que «esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en recursos anteriores en el sentido de que cuando los hechos imputados, no negados en ningún instante, son los de entrada ilegal en territorio nacional estaríamos ante el supuesto de mayor gravedad de los tipificados como infracción grave y que justificaría cumplidamente la imposición de la sanción mas grave», añadiendo que «resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o

> sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora».

Esta doctrina y otras anteriores acababan con las posibles dudas existentes acerca de la discrecionalidad de la Administración para optar entre los dos tipos de sanciones, al tiempo que negaba la irrelevancia jurídica de dicha opción. En efecto, la sentencia impone el deber de motivación en todo caso, no bastando consecuentemente que ante la mera estancia ilegal pueda defenderse la opción a favor de la expulsión, por cuanto, de no concurrir otras circunstancias, la Administración viene compelida a la imposición de la sanción pecuniaria.

Ahora bien, la novedad más importante de este pronunciamiento judicial se encuentra en la modulación, ciertamente flexible, que realizaba de la aplicación a estos supuestos de la doctrina general sobre el deber de motivación. En efecto, la sentencia afirmaba que «Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo».

Ya en otras ocasiones he expresado mi opinión crítica con dicha doctrina, en cuanto que la misma releva a la Administración de su deber de motivar en la resolución administrativa, siempre que, y la precisión es importante, en el conjunto del expediente administrativo aparezcan datos fácticos que permitan entender concurrente una especial gravedad en la conducta del interesado, esto es, la motivación ya no aparece en vía administrativa, sino que se exteriorizará, en su caso, en vía jurisdiccional, una vez que la Sala o el Juzgado efectúen una labor de depuración del expediente a la búsqueda de circunstancias agravatorias que justifiquen la imposición de la sanción de expulsión, lo que a mi juicio contradice la finalidad de la motivación de dar a conocer al administrado el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa.

Más recientemente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 julio del 2010 (Rec. 446/2008), ha reiterado y razonado más ampliamente su doctrina general, señalando que «no se produce indefensión a estos efectos si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida, como también recurrir en reposición, doctrina que se basa en el artículo 24.1 CE, si hizo dentro del expediente las alegaciones que estimó oportunas» (STS de 27 de febrero de 1991), «si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional» (STS de 20 de julio de 1992). Pero es que, además, también se ha señalado que, «si a pesar de la omisión procedimental, el Tribunal enjuiciador cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto» (STS de 10 de octubre de 1991); y ello es así «porque la teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declaran nulas» (STS de 20 de julio de 1992), pues «es evidente que si la garantía del administrado se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo» (SSTS de 14 de junio de 1985, 3 de julio y 16 de noviembre de 1987 y 22 de julio de 1988). Por ello, «si el interesado en vía de recurso administrativo o

contencioso-administrativo ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo y que excluye actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento» (SSTS de 6 de julio de 1988 y 17 de junio de 1991).

En síntesis, que el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurran los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 LRJPA, y de ahí que pueda purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía contencioso-administrativa, trámite en el cual puede obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando el mismo hubiese sido no influyente en la decisión —de suerte que ésta hubiere sido la misma—, como cuando, aun sí influyente, la decisión hubiese sido correcta o incorrecta, manteniéndola en su supuesto y anulándola en el otro, y sólo apreciarse en el caso de que por existencia carezca el órgano jurisdiccional de los elementos de juicio necesarios para la valoración de la decisión administrativa».

Existía, no obstante, alguna sentencia aislada que parecía contradecir esta postura general. La STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2011 señalaba que «Aparte de estas circunstancias se hace necesario bucear en el expediente por si pudieran existir otros factores o elementos negativos que pudiera motivar la sanción de expulsión en lugar de la de multa. (Ya adelantamos que en las resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la LO 2/2009 de 11 de diciembre, dado que expresamente se exige en el artículo 57.1 modificado, la motivación de la sanción en aplicación del principio de proporcionalidad, acudiremos sólo y exclusivamente a lo que conste en la resolución administrativa y no al expediente administrativo, tarea que hoy hacemos porque así lo entendió el Tribunal Supremo en las sentencias indicadas)».

Los argumentos generalmente admitidos son contradichos expresamente por la doctrina del Tribunal Constitucional. Según la sentencia que estamos comentando, «Producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses, no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio (STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

Ello es así, entre otras razones, porque, como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio (FJ 4), y subrayan a su vez las SSTC 7/1998, de 13 de enero (FJ 6) y 59/2004, de 19 de abril (FJ 3), no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos

los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, "condenen" al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa "se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE" (STC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3)».

Conviene aclarar que lo hasta ahora expuesto no es predicable en aquellos supuestos en los que la Administración incluye, en la resolución administrativa, una referencia expresa a informes o resoluciones obrantes en el expediente, haciendo uso de la conocida como motivación *in aliunde*.

Según la STS de 11 de febrero de 2011, «Siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, *ex* artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 "in fine", ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo —Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990— en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica "in aliunde" satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración».

V. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR

Según las alegaciones del Abogado del Estado «… la facultad de sancionar con expulsión la falta del art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000 está prevista legalmente y el derecho a ser informado de la infracción imputada ha de referirse en el presente caso a la conducta descrita por el mencionado precepto, de cuya imputación ha sido debidamente instruido el expedientado desde la apertura misma del procedimiento sancionador».

Se plantea, por tanto, una visión bastante «estrecha» de la obligación de motivar, considerando que resulta suficiente con la mención del precepto sancionador que se imputa.

El Tribunal Constitucional sienta una interesante doctrina, al rechazar de forma tajante tal argumentación. Según la sentencia «Hemos de recordar que en la STC 140/2009, de 15 de junio (FJ 3), afirmamos que el deber de motivación en el ámbito sancionador incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Concretamente, en relación con la posibilidad prevista legalmente en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se pueda imponer, en lugar de la sanción de multa, la de expulsión del territorio nacional, hemos reiterado que la imposición de esta sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el art. 55.3 en relación con el art. 50 de la citada ley, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley

30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000 (SSTC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4; y 140/2009, de 15 de junio, FJ 3)».

Consecuentemente, las circunstancias que habrán de tenerse en cuenta y serán objeto de motivación, en el momento de la imposición de la sanción, deberían ceñirse exclusivamente a los criterios de graduación contenidos en la Ley (grado de culpabilidad, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia y la capacidad económica del infractor), valorando igualmente, a tenor del artículo 57 del RLOEX, las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor.

En este sentido resulta interesante traer aquí el contenido de la STC 140/2009, de 15 de junio, cuando afirma que «En efecto, como ya se ha señalado, la existencia de una infracción en materia de extranjería, que no ha sido negada en este caso, y la posibilidad legal de que se imponga ante su comisión la sanción de expulsión como sustitutiva de la de multa no constituyen por sí mismo justificación suficiente de la decisión ni, por tanto, exime a la Administración del deber, impuesto por el art. 24.1 CE, de hacer expresas las razones por las que, valorando los criterios establecidos legalmente para la graduación de las sanciones, se opta en el caso concreto por la sustitución de la sanción de multa por la de expulsión. Pues bien, la resolución sancionadora impugnada, que se limita a constatar la mera existencia de la conducta infractora, no contiene fundamentación alguna a partir de la cual puedan conocerse las razones de la Administración sancionadora por la que resulta procedente la expulsión. Incluso considerando que existiera una remisión al contenido del propio expediente, tampoco aparece en el mismo ninguna argumentación tendente a justificar por qué ante la conducta de estancia irregular en España del recurrente, que está sancionada con una pena de multa de 301 a 6.000 euros en el art. 55.1 b) de la Ley Orgánica 4/2000, se opta por sustituirla por la sanción de expulsión del art. 57.

6. La ausencia de motivación resulta especialmente evidente en el presente caso, toda vez que el recurrente alegó insistentemente el hecho de tener una pareja estable y cuatro hijos menores de edad escolarizados en Pamplona en favor de la aplicación del principio de proporcionalidad para que no se sustituyera la pena de multa por la de expulsión, recibiendo como única respuesta que las circunstancias personales son absolutamente irrelevantes en este tipo de expedientes. Pues bien, habida cuenta de que el art. 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000 prevé expresamente que para la graduación de las sanciones en materia de extranjería el órgano competente se ajustará a criterios de proporcionalidad, la negativa a valorar dichas circunstancias debe ser considerada una decisión arbitraria, máxime teniendo en cuenta que la situación personal alegada por el recurrente está en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional, por lo que su ponderación, si así es solicitado, resulta obligada».

VI. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE JUSTIFICAN LA EXPULSIÓN

Pese a que esta cuestión no se aborda directamente en la sentencia, no deja de resultar llamativo que, por parte del Abogado del Estado, al solicitar la desestimación del recurso de

amparo, se plantee el siguiente argumento: «… Añade que ninguna lesión del derecho a la presunción de inocencia existe respecto a los hechos constitutivos de la infracción sancionada; y para formar el juicio de proporcionalidad a la hora de sancionar con la expulsión es perfectamente lícito que la Administración tome en consideración los hechos que determinaron detenciones policiales, aunque luego no culminaran en una sanción penal por la negativa de la víctima a declarar contra su marido, siendo el propio expedientado quien debe alegar en su descargo que los antecedentes que resulten de las bases de datos policiales carecen de virtualidad jurídica para fundamentar la sanción más grave de expulsión, puesto que sólo él es conocedor de lo posteriormente ocurrido y puede obtener fácilmente testimonios y certificaciones de Juzgados, Tribunales y registros centrales. La celeridad con que el legislador orgánico ha dispuesto que se tramite el procedimiento preferente de expulsión es incompatible con imponer al instructor de las diligencias policiales la carga de averiguar —caso por caso— el resultado judicial final de las actuaciones policiales».

La cuestión referente a la carga de la prueba es importante, dado que la visión de esta cuestión debe ser necesariamente diferente, según se trate de hechos que sirvan de base a la Administración para imponer una determinada sanción, supuesto en el que claramente corresponde a la Administración probar y acreditar cumplidamente su concurrencia en el caso concreto, de aquellos hechos que se alegan por el interesado tratando de que jueguen a su favor en el momento de la determinación de la sanción a imponer.

Este sería el supuesto resuelto por la STSJ de Madrid de 27 de junio de 2002, cuando afirma que «Partiendo, en consecuencia, de que la sanción de expulsión establecida por el Legislador con carácter general para estos supuestos respeta el principio de proporcionalidad, la impugnación del recurrente debe ceñirse a la falta de proporcionalidad de la imposición de esta sanción en su caso específico. Pero lo cierto es que el recurrente no acredita circunstancia excepcional alguna que permita fundamentar que la expulsión, prevenida con carácter general por el Legislador como una opción sancionadora legítima en estos supuestos específicos, no lo es en el concreto caso del mismo, y únicamente sería proporcional la sanción alternativa de multa. Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero también menos eficaz para la consecución de la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por el Legislador.

En consecuencia, debe concluirse que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora proporcionada, que se encuentra específicamente establecida por la Ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal. La Administración puede legítimamente imponer esta sanción, dentro de las opciones prevenidas legalmente, ya que es precisamente la que restablece el orden jurídico perturbado. Incumbe a la parte actora, que impugna la sanción por falta de proporcionalidad, acreditar la concurrencia de circunstancias especiales que concurran en su caso concreto y que puedan determinar excepcionalmente tal desproporción. No habiéndolo hecho en el caso actual, procede desestimar el recurso».

Pese a ello, la tesis de hacer gravitar sobre el extranjero la carga de aportar al proceso los elementos fácticos que determinarían la elección por la opción de la sanción pecuniaria es mantenida por algunos Tribunales. Así, la STSJ de Valencia de 9 de marzo de 2005 recuerda que «Al respecto la Sala ha establecido ya un criterio sólido sobre esta cuestión al afirmar, con reiteración (véase, por toda la doctrina, la sentencia dictada el 29 de enero de

2003 por esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ C. Valenciana) que resulta ineludible aportar al proceso una prueba certera que demuestre cuáles son los presupuestos objetivos que reclaman la sustitución de la pena de expulsión por otra de multa y que cuando se omite esa acreditación objetiva singular no procede rectificar el criterio administrativo establecido por la Subdelegación del Gobierno».

A mi juicio resulta patente, de conformidad con la teoría general en materia sancionadora, que la carga de probar los hechos que sirven a la Administración para imponer una determinada sanción con una determinada gravedad o intensidad corresponde, siempre y en todo caso, a la propia Administración, conclusión que también tiene su fundamento en la conocida doctrina de la «facilidad probatoria».

VII. LOS ANTECEDENTES POLICIALES Y LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

El recurrente en amparo, alegó la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al haberse tomado en consideración, de cara a acordar la expulsión, unos meros antecedentes policiales, sin haber averiguado la Administración el resultado final de las diligencias. No obstante, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 1 de abril de 2005, confirmó la resolución administrativa impugnada porque «los antecedentes judiciales del actor evidencian su total inadaptación social, constituyendo un potencial peligro de actuaciones generadoras de una extraordinaria alarma social. La absolución de los dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar ha sido consecuencia de la renuncia —voluntaria o forzada— de la víctima que, por la documentación obrante en las actuaciones, no parece que conviva desde 2007 con el actor».

Consecuentemente, se planteaba en el recurso de amparo la cuestión referente a la trascendencia de cara a justificar una decisión de expulsión de los meros antecedentes policiales y de una sentencia absolutoria. La sentencia que analizamos se queda en cuestiones puramente formales y no llega a dar respuesta a esta cuestión, no obstante conviene recordar que, en esta materia, existe un criterio bastante claro de nuestro Tribunal Supremo.

Así, en la sentencia de 29 de septiembre de 2006, se avanza en el camino correcto en cuanto refuerza las garantías del interesado.

Según la citada sentencia: «Ahora bien, no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales y judiciales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado… Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia

de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos».

En definitiva la mera referencia a detenciones, antecedentes policiales o procesos judiciales pendientes carecen de eficacia, en cuanto se desconozca su resultado, para justificar la medida de expulsión, que debe ser sustituida por la imposición de una sanción pecuniaria».

VIII. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Declarada por el Tribunal la existencia del defecto de forma denunciado, se procede a otorgar el amparo «retrotrayendo las actuaciones hasta el momento inmediatamente posterior a la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente sancionador, para que se dé audiencia al recurrente».

La decisión del Tribunal ha abierto un cierto debate en relación con la determinación de los efectos jurídicos de la declaración de nulidad de la resolución administrativa que acuerda la expulsión, cuando existe falta de motivación.

Son numerosos los Juzgados y Tribunales que venían conectando la obligación de motivación con el principio de proporcionalidad en materia sancionadora, de forma tal que, en los supuestos de opción entre expulsión o multa, se consideraba que lo procedente, en caso de ausencia de motivación, era imponer la sanción menos gravosa, la multa, por aplicación de dicho principio, y no ordenar la retroacción del procedimiento para que la Administración procediera a motivar adecuadamente la orden de expulsión.

En efecto, «la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone como precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también el adecuar la sanción al hecho cometido —sentencia de 2 de Noviembre de 1994, 2 de Febrero de 1995—».

Considero que el debate, de gran trascendencia, no puede encontrar su fundamento en el contenido de la sentencia que estamos comentando. Es cierto que la misma aborda la cuestión referente a la motivación, sin embargo, el verdadero motivo de la concesión del amparo viene derivado de la ausencia de notificación de la propuesta de resolución y del hecho de que la misma incorporara nuevos hechos, respecto del acuerdo de iniciación, hechos que han sido determinantes del contenido de la resolución final adoptada.

No obstante, si manifiesto mi opinión contraria a la generalización del remedio a la retroacción de actuaciones en los casos de defectos de forma cometidos por la Administración, no sólo por razones de economía procesal, sino por razones de fondo. En efecto, la retroacción de actuaciones cuando la Administración ha incumplido las normas de procedimiento constituye una especie de estímulo para el infractor, que puede reiterar, cuantas veces quiera, el procedimiento, al tiempo que supone dar una segunda oportunidad en materia sancionadora. Creo que lo lógico es casi siempre lo más sencillo. Si la Administración no motiva suficientemente la gravedad de una conducta, será porque dicha gravedad no existe y, por tanto, procede imponer la sanción en su grado mínimo.

Si la Administración puede optar entre dos sanciones, una más grave y otra más leve, y no explica por qué impone la grave, debe aplicarse la más leve. Estos principios se aplican con normalidad en el orden penal y deberían aplicarse igualmente en el Derecho sancionador, desterrando determinados privilegios de la Administración, en contra de los intereses de los afectados.

III. ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: COMENTARIO A LA STEDH DE 3 DE MAYO DE 2011 (CASO *NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS* C. GRECIA)

M.ª Jesús Sánchez Cano

Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza
Magistrado Suplente

RESUMEN

Adopción internacional y derecho al respeto a la vida privada y familiar: Comentario a la STEDH de 3 de mayo de 2011 (caso *NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS* c. GRECIA)

Partiendo del estudio de la Sentencia del TEDH de 3 de mayo de 2011 (caso *NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS* c. GRECIA) y después de examinar la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el presente trabajo aborda, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, el análisis del significado y contenido del derecho a la vida privada y familiar, previsto en el art. 8 del Convenio, en relación con la interpretación de la excepción del orden público internacional por los Tribunales de los Estados contratantes, en sede del reconocimiento de la adopción extranjera, teniendo en cuenta que en materia de adopción el interés prevalente es siempre el interés del menor.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derecho a la vida personal y familiar, Derecho internacional privado, excepción de orden público internacional, adopción internacional, interés del menor.

ABSTRACT

Intercountry Adoption and the right to privacy and family life: Commentary on the ruling of the European Court of Human Rights of 3 may, 2011 (Case of *NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS* v. GRECIA)

Based on the study of the ruling of the European Court of Human Rights of 3 may, 2011 (Case of *NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS* v. GRECIA) after examining the jurisprudence of the European Court of Human Rights, this paper addresses, from the perspective of private international law, the analysis of meaning and content of right to privacy and family life provided for in article 8 of the Convention concerning the interpretation of international public policy exception by the courts of the Contracting States, the seat of the recognition of foreign adoption, taking into account that on adoption is prevalent interest, the interest of the child.

Key words: European Court of Human Rights, right to privacy and family life, private international law, international public policy exception, intercountry adoption, the interest of the child.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN: LA DOCTRINA DEL TEDH.

II. ANÁLISIS DEL FALLO.

1. Consideraciones generales.

2. El origen de la cuestión litigiosa: Antecedentes de hecho.

3. Fundamentos de la Sentencia recurrida.

4. La fundamentación jurídica del recurso.

5. La oposición del Gobierno griego.

6. La Sentencia del TEDH: Análisis del fallo desde la perspectiva del no reconocimiento de la adopción extranjera y su incidencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 de la Convención.

A) Acerca de la supuesta violación del art. 8 de la Convención.

B) Sobre la invocada violación del art. 8 en relación con el art. 14 de la Convención.

III. REFLEXIONES FINALES.

IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LA DOCTRINA DEL TEDH

La Sentencia objeto del presente comentario declara la existencia de violación de los arts. 8, 14 y 6 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ante la negativa por parte de las autoridades jurisdiccionales griegas a reconocer una adopción constituida en los Estados Unidos, por estimar que la misma resultaba contraria con los principios fundamentales del orden público griego.

No es la primera vez que el TEDH aborda la problemática de la adopción internacional al pronunciarse respecto a una pretendida infracción de los arts. 6, 8 y 14 de la Convención. Concretamente, al hilo de una supuesta intromisión en el derecho al respeto a la vida personal y familiar reconocido en el art. 8 de la Convención, el TEDH tuvo ocasión de tratar algunas cuestiones relacionadas con la institución adoptiva en las SSTEDH de 22 de enero de 2008 (Caso *E.B*. contra Francia), 13 de enero de 2009 (Caso *Teodorova* contra Italia), 10 de enero de 2008 (Caso *Kreams* contra Francia) o de 13 de septiembre de 2007 (Caso *Emonet* y otros contra Suiza), entre otras muchas.

Por otra parte, en varias ocasiones y al igual que en la resolución comentada, el TEDH, en sus SSTDH de 13 de junio de 1979, Caso *Marckx* contra Bélgica, y de 13 de julio de 2004, Caso *Pla y Puncernau* contra Andorra, o la ya citada de 22 de enero de 2008, debió resolver acerca de la existencia de una vulneración del art. 14 en relación con el art. 8 de la Convención, con base en una posible discriminación injustificada en materia de derechos sucesorios respecto de un hijo adoptivo.

Lo mismo cabe decir en relación con el art. 6 de la Convención, que contempla el derecho a un proceso equitativo y que, por poner algunos ejemplos, ha sido tomado en consideración por el Tribunal en las SSTEDH de 22 de septiembre de 2009, Caso *Bican* contra Rumania, y de 8 de julio de 1987, Caso *H* contra Reino Unido.

Por lo demás, a los efectos del reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero, cabe citar la STDH de 28 de junio de 2007, Caso *Wagner y JNWL* contra Luxemburgo, en la que el Tribunal dictaminó que la decisión de las autoridades luxemburguesas de no otorgar el exequátur a una adopción aprobada por la autoridad competente de Perú, con fundamento en que la ley del Estado de Luxemburgo no contempla la adopción en forma plena por personas solteras, constituye una violación de los derechos reconocidos en los arts. 6, 8 y 14 de la Convención.

Centrándonos en los preceptos invocados por la parte recurrente, en cuanto al art. 8 de la Convención, hemos de recordar que es doctrina jurisprudencial sentada del TEDH que, aunque la citada disposición «tiende en lo esencial a prevenir al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a exigir al Estado que se abstenga de dichas injerencias», sino que «pueden añadirse otras obligaciones positivas inherentes al "respeto" efectivo de la vida familiar». Así, en ambos supuesto, a juicio del TEDH, «debe tenerse en cuenta el equilibrio justo a mantener entre los intereses concurrentes de la persona y de la sociedad en su conjunto», de la misma manera que, en ambas hipótesis, «el Estado goza de cierto margen de apreciación (Sentencias *Keegan* [TEDH 1994, 21] y *Pini* y otros contra Rumanía, núms. 78028/2001 y 78030/2001).

Asimismo, el Tribunal ha establecido que la noción de *«vida privada»*, en el sentido del artículo 8 del Convenio*,* «es un concepto amplio que comprende, entre otros, el derecho a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes» (Sentencia *Niemietz* contra Alemania [TEDH 1992, 77] de 16 de diciembre de 1992), el derecho al «desarrollo personal» (Sentencia *Bensaïd* contra Reino Unido [TEDH 2001, 82], núm. 44599/1998) o «el derecho a la autodeterminación como tal» (Sentencia *Pretty* contra Reino Unido [TEDH 2002, 23], núm. 2346/2002), abarcando también «elementos tales como el nombre» (Sentencia *Burghartz* contra Suiza [TEDH 1994, 9] de 22 de febrero de 1994), «la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual»(Sentencias *Dudgeon* contra Reino Unido [TEDH 1981, 4] de 22 de octubre de 1981; *Laskey, Jaggard y Brown* contra Reino Unido [TEDH 1997, 10] de 19 de febrero de 1997), así como «el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo» (Sentencia *Evans* contra Reino Unido, núm. 6339/2005).

Por otra parte, hay que tomar en consideración que la Jurisprudencia del TEDH ha dejado sentado «el principio según el cual las relaciones entre padres e hijos adultos no gozan de la protección del artículo 8 sin que se demuestre la existencia de elementos complementarios de dependencia distintos a los vínculos afectivos normales» (Sentencia *Kwakye-Nti y Dufie* contra Países Bajos, núm. 31519/1996, de 7 de noviembre de 2000).

Igualmente y tratándose de un supuesto relacionado con la institución adoptiva, el TEDH tiene declarado que «el derecho a la adopción no figura como tal entre los derechos garantizados por el Convenio» (*Di Lazzaro* contra Italia, núm. 31924/1996, Decisión de la Comisión de 10 julio 1997 y Sentencias *Fretté* contra Francia, núm. 36515/1997 [TEDH 2002, 10], y *Pini* y otros), lo que no excluye, según el Tribunal, «que los Estados partes en el Convenio puedan hallarse, en ciertas circunstancias, en la obligación positiva de permitir la formación y desarrollo de unos vínculos familiares legales» (Sentencias *Keegan* [TEDH 1994, 21] y *Pini* y otros).

No obstante lo dicho, conforme a su jurisprudencia, el Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones que «la cuestión de la existencia o no de una "vida familiar" es ante todo una cuestión de hecho, que depende de la existencia de unos estrechos vínculos personales» (Sentencias *Marckx* contra Bélgica de 13 de junio de 1979 [TEDH 1979, 2] y *K.* y *T.* contra Finlandia [GS], núm. 25702/1994).

De otro lado, y por lo que respecta al art. 14 de la Convención, la Jurisprudencia del TEDH ha indicado que resulta «suficiente con que los hechos del litigio caigan bajo el imperio de al menos una de las disposiciones del Convenio» (Sentencia *Fretté* contra Francia, núm. 36515/1997). O lo que es lo mismo, el TEDH ha dejado sentado que no procede

la aplicación del art. 14 «si los hechos enjuiciados no caen bajo la influencia de al menos una de las disposiciones del Convenio» (entre otras, Sentencias *Petrovic* contra Austria de 27 de marzo de 1998 y *Van Raalte* contra Países Bajos de 21 de febrero de 1997).

No obstante, también es cierto que el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que «el Convenio no garantiza, como tal, el derecho a adoptar», habiendo declarado igualmente que «el derecho al respeto de una vida familiar presupone la existencia de una familia y no protege el mero deseo de fundar una» (entre otras, Sentencia *Fretté*, previamente citada). En este punto, hay que decir, no obstante, que en ocasiones el TEDH ha dejado abierta la cuestión de si el derecho a adoptar entraba o no en el ámbito de aplicación del artículo 8 considerado aisladamente (Sentencia *E.B.* contra Francia, núm. 43546/2002).

A esto se añade que, según la Jurisprudencia constante del Tribunal, el artículo 14 completa las demás cláusulas normativas del Convenio y de sus Protocolos, no siendo su existencia independiente, toda vez que es válida únicamente para «el goce de los derechos y de las libertades» que garantizan y, sin duda, puede operar «incluso sin que se vulneren sus exigencias y, en esta medida, posee un ámbito autónomo».

En otro orden de consideraciones, y siguiendo con la interpretación que realiza el TEDH del art. 14 de la Convención, debemos dejar claro que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, «una distinción es discriminatoria si carece de una "justificación objetiva y razonable"», es decir, «si no persigue un objetivo legítimo» o si no existe «una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a realizar» (entre otras, Sentencia de 23 de julio de 1968 [TEDH 1968, 3]).

Por último, y dado que la Sentencia comentada analiza cuestiones de derecho sucesorio, no podemos olvidar que el TEDH ha examinado numerosos asuntos en los que la parte recurrente alega diferencias de trato en materia de sucesión, tanto desde el punto de vista del artículo 14 en relación con el artículo 8 (Sentencias *Marckx* contra Bélgica [TEDH 1979, 2] y *Vermeire* contra Bélgica de 29 de noviembre de 1991 [TEDH 1991, 56]), como también en virtud del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (Sentencias *Inze* contra Austria [TEDH 1987, 28] y *Mazurek* contra Francia [TEDH 2000, 45]). A este respecto, el TEDH ha dejado bien sentado que «un niño que ha sido objeto de una adopción, sobre todo si es plena, se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese el hijo biológico de sus padres, y ello a todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derechos patrimoniales derivados de ello», hasta el punto de afirmar que «únicamente unas razones poderosas podrían llevar a considerar compatible con el Convenio una distinción basada en el nacimiento fuera del matrimonio» (Caso *Pla y Puncernau* contra Andorra)

Para terminar con el estudio de los preceptos anteriormente citados, debemos mencionar que son muchas las ocasiones en que el TEDH se ha pronunciado a favor de que el art. 6 de la Convención se aplique tanto a la ejecución de resoluciones nacionales como a la ejecución de resoluciones extranjeras (*Hornsby* c. Grecia, sentencia de 19 de marzo de 1997) y, así, considera «que la ejecución de una sentencia, dictada por cualquier tribunal, forma parte integrante del "proceso" en el sentido del art. 6», de tal manera que «cuando las autoridades tienen la obligación de proceder a ejecutar una resolución judicial y omiten hacerlo, tal inacción compromete la responsabilidad del Estado en el ámbito del artículo 6.1 del Convenio» (Sentencia *Scollo* contra Italia de 28 de septiembre de 1995 [TEDH 1995, 34]).

II. ANÁLISIS DEL FALLO

1. Consideraciones generales

La STEDH de 3 de mayo de 2011 (caso *Négrépontis-Giannisis* c. Grecia) resuelve un recurso planteado por un nacional griego, el Sr. Négrépontis, Nikolaos Giannisis, contra la República Helénica, fundamentalmente sobre la base de una pretendida violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aunque también invoca la infracción de los arts. 6 y 14 de la Convención, así como del art. 1 del Protocolo núm. 1.

Concretamente, el objeto principal del recurso se centra en dilucidar si la vida privada y familiar del Sr. Négrépontis-Giannisis se ha visto alterada por la decisión de los Tribunales griegos de no reconocer su adopción, constituida en el extranjero, por considerarla contraria a los principios fundamentales del orden público griego, con fundamento en que el adoptante, a la sazón tío del adoptado, había recibido la tonsura monástica y en el momento de prestar su consentimiento ostentaba el cargo de obispo de la Iglesia Ortodoxa Oriental; así como si tal injerencia constituye una infracción del derecho reconocido en el art. 8 de la Convención.

Asimismo, la cuestión litigiosa gira también en torno a si se ha producido una discriminación del recurrente por su condición de hijo adoptivo en relación con los hijos biológicos de los miembros del clero o incluso de los monjes de la Iglesia Ortodoxa Oriental, lo que podría suponer una violación del art. 8 en relación con el art. 14 de la Convención.

En cuanto a la posible vulneración del art. 6 de la Convención, el apelante alega que se ha visto conculcado su derecho a un juicio justo, debido a que la resolución de las autoridades norteamericanas por la que se constituyó su adopción no ha sido reconocida por los Tribunales griegos.

Por último, el demandante sostiene que la negativa del Tribunal de Casación griego de reconocer su condición de hijo adoptivo constituye una intervención desmesurada en su derecho al disfrute pacífico de sus bienes, al haberse visto privado de la herencia de su padre adoptivo y, por este motivo, invoca una violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

2. El origen de la cuestión litigiosa: Antecedentes de hecho

Los antecedentes de hecho del caso enjuiciado tienen como punto de partida la adopción del recurrente por su tío, Michail-Timothéos Négrépontis, hermano de su madre y miembro del clero y obispo de la Iglesia Ortodoxa griega, con el cual mantenía una relación muy estrecha desde su infancia. La adopción se constituyó por un Tribunal de los Estados Unidos el 24 de junio de 1984 y de conformidad con lo dispuesto en la legislación de dicho país. En el momento de constituirse la adopción tío y sobrino tenían, respectivamente, veinte y sesenta años de edad. Se da la circunstancia de que el recurrente en 1981 se había trasladado a la localidad de Detroit, ciudad donde llevó a cabo sus estudios universitarios y en la cual residió hasta el año 1985 con su tío, en el domicilio de éste, siendo precisamente en la mencionada localidad donde el Sr. Michail-Timothéos Négrépontis ejerció su ministerio como obispo de la Iglesia Ortodoxa Oriental.

Por lo demás, en el momento de prestar su consentimiento a la adopción, el adoptante manifestó su voluntad de adoptar a su sobrino para poder tener un hijo legítimo que pudiera heredar su fortuna, así como su gran colección de manuscritos y textos religiosos y poéticos, asegurando, de este modo, también la continuidad de su apellido. Por su parte, el adoptando indicó que con la adopción pretendía fortalecer el vínculo emocional que le unía a su tío y cuidar de él en su vejez, afirmando que se sentiría muy orgulloso de llevar y perpetuar el apellido de su padre adoptivo.

Justamente, el mismo día en que se aprueba la adopción, la autoridad competente del Estado de Michigan levanta un acta en la que se determina el nuevo nombre del recurrente, añadiendo a su apellido anterior el apellido del adoptante.

Después de la adopción, el recurrente y su padre adoptivo mantienen una relación fluida y se visitan con frecuencia, tanto en Grecia como en los Estados Unidos, hasta el fallecimiento de este último el día 11 de diciembre de 1998 en Atenas.

El conflicto surge tras la muerte del Sr. Michail-Timothéos Négrépontis, cuando en 1999, a instancia de una hermana del padre adoptivo del recurrente, los tribunales griegos dictaron una resolución, declarando herederos a los tres hermanos y hermanas de aquél, que aceptaron la sucesión, todo lo cual se hizo constar en el Registro correspondiente.

Al mismo tiempo, el ahora recurrente solicitó ante los tribunales griegos el reconocimiento de su adopción, constituida en los Estados Unidos, estimándose dicha pretensión por el Tribunal de Gran Instancia de Atenas, en resolución de 24 de diciembre de 1999, con fundamento en que tal adopción no era contraria al orden público griego. Seguidamente, el Sr. Négrépontis-Giannisis inició un procedimiento de cambio de nombre, de manera que el apellido de su padre adoptivo precediera al de su padre biológico, lo que se acordó por la autoridad competente de Atenas el 4 de agosto de 2001. A esto ha de añadirse que por el Estado griego, a fecha 10 de septiembre de 2003, fue expedida tarjeta de identidad a nombre del recurrente, en la que consta su apellido tal y como se acordó en el correspondiente procedimiento de cambio de nombre, figurando además *Michail-Timothéos Négrépontis* como padre del demandante.

Así las cosas, el 31 de mayo de 2001 una de las hermanas de Michail-Timothéos Négrépontis interpuso un recurso ante el Tribunal de Gran Instancia de Atenas, interesando que por el mismo se acordase que no es posible otorgar efecto de cosa juzgada en Grecia a la decisión por la que se reconocía la adopción norteamericana, toda vez que el padre adoptivo del ahora recurrente carecía de la capacidad necesaria para adoptar al haber recibido la tonsura monacal, por lo que considera que son ella y sus hermanos los únicos herederos del difunto. En este punto, hay que señalar que, previamente, el Sr. Négrépontis-Giannisis había solicitado la revocación de la declaración de herederos a favor de los hermanos de su padre adoptivo, acordada por los Tribunales griegos, al mismo tiempo que interesaba se reconociera su derecho a ser declarado como único heredero del causante, si bien el órgano jurisdiccional competente ordenó la suspensión del procedimiento en tanto no se resolviera el recurso formulado por la hermana del Sr. Négrépontis.

En vista de que el Tribunal de Gran Instancia dictó sentencia a favor del ahora recurrente, su tía y hermana del adoptante fallecido interpuso recurso de apelación contra dicha resolución ante el Tribunal de Apelación de Atenas, que dio la razón a la apelante, adu-

ciendo que la adopción es incompatible con la vida monacal y contraria a los principios de orden público griegos.

Disconforme con la decisión del tribunal de Atenas, el Sr. Négrépontis-Giannisis, invocando, entre otros motivos, la vulneración del art. 8 de la Convención, recurrió ante la Corte Suprema de Justicia, que reenvió al Pleno la cuestión de si la adopción por un monje resulta contraria al orden público griego, respondiendo afirmativamente la Sala en su resolución de 15 de mayo de 2008. No obstante, la decisión no fue unánime, sino que se tomó por dieciséis votos a favor y ocho en contra.

En cuanto a la pretensión del recurrente de que se tuviera en cuenta que el padre adoptivo había abandonado la vida monacal, la Sala Segunda del citado tribunal, con fecha de 4 de agosto de 2009, sentenció que la adopción llevada a cabo por un monje es contraria al orden público griego, incluso aunque el mismo haya abandonado la orden monástica, por lo que desestima el motivo alegado por el Sr. Négrépontis-Giannisis.

3. Fundamentos de la Sentencia recurrida

La resolución de la Corte Suprema de Justicia griega fundamenta su negativa a reconocer la adopción norteamericana en distintas normas de Derecho eclesiástico de la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo, de las que se desprende que los monjes no pueden adoptar. De la misma manera, el tribunal entiende que dicha prohibición afecta también al monje que ha sido ordenado sacerdote y consagrado obispo y ello también sobre la base de los mencionados cánones apostólicos y sinodiales, considerando igualmente que las citadas normas, así como las tradiciones sagradas que prohíben a los monjes dedicarse a las tareas temporales, constituyen, de acuerdo con las concepciones religiosas y la moral de la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo, normas de orden público. En consecuencia, la Corte concluye que reconocer el efecto de cosa juzgada en Grecia de un resolución emitida por una autoridad extranjera por la que se constituye una adopción por parte de un monje u obispo perteneciente a una orden monástica es contrario al orden público internacional, previsto en el art. 33 del Código Civil griego y, por consiguiente, no puede ser autorizado por el tribunal.

Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, ocho de los veinticuatro Magistrados manifestaron su voto discordante con la mayoría de la Sala. En opinión de estos Magistrados, no existe ninguna disposición legal que prohíba adoptar a un monje o miembro del clero y por tanto, tampoco a un obispo, motivo por el cual la adopción realizada por un obispo, aun perteneciendo éste a una orden monástica, no puede ser considerada contraria al orden público internacional griego, precisamente, porque dicha prohibición no se encuentra recogida expresamente en ninguna norma con rango de ley. Al mismo tiempo, indican que, no tratándose de una cuestión pacífica, y habiéndose defendido ambas posturas por la comunidad jurídica, el supuesto enjuiciado no puede vulnerar frontalmente un principio básico de la sociedad griega, a lo que habría que añadir que una relación que se desarrolla en el extranjero difícilmente puede afectar a los valores fundamentales de la nación. En consecuencia, los Magistrados discrepantes consideran que la aplicación de la *lex causae* extranjera únicamente puede descartarse en supuestos excepcionales.

Por último y respecto a las cuestiones relacionadas con la vida privada de un individuo, tales Magistrados estiman que ha de tomarse en consideración tanto el art. 8 de la Convención como el art. 3 de la Constitución griega, que declara que la religión predominante en

Grecia es la Iglesia Ortodoxa Oriental, además de los arts. 5 y 13, que garantizan el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia y religiosa.

4. La fundamentación jurídica del recurso

En síntesis, el reclamante sostiene que se ha producido una violación de su derecho al respeto a su vida privada y familiar, dado que, aparte de los vínculos jurídicos que derivan de la adopción, entre su padre adoptivo y él han existido lazos familiares muy fuertes que merecen ser protegidos por el art. 8 de la Convención. Junto a ello, el Sr. Négrépontis-Giannisis argumenta que, además de la privación de sus derechos sucesorios, la falta de reconocimiento de su adopción por los tribunales griegos ha supuesto la anulación del *status filii* respecto del adoptante, interrumpiendo el desarrollo de su vida personal y social tal y como venía desarrollándose durante veinticuatro años, de manera que se le ha privado del derecho a llevar el apellido de su padre adoptivo, que venía usando en todas sus relaciones sociales y profesionales y que también era utilizado por sus hijos.

De otro lado, invoca el recurrente la infracción del art. 8 en relación con el art. 14 de la Convención, en tanto que, a juicio del demandante, se ha producido una discriminación injustificada por su condición de hijo adoptivo, toda vez que si se hubiera tratado de un hijo biológico de su tío, matrimonial o extramatrimonial reconocido por éste, los tribunales griegos no hubieran hecho caso omiso de la realidad social ni hubieran obviado las relaciones de hecho entre padre e hijo, máxime tras haber sido reconocida expresamente en la ley griega la posibilidad de que los monjes contraigan matrimonio.

Igualmente, el Sr. Négrépontis-Gianninis invoca la infracción del art. 6 de la Convención sobre la base de que la negativa de los tribunales griegos a otorgar fuerza ejecutiva a la resolución norteamericana de adopción ha supuesto una vulneración de su derecho a un juicio justo.

Asimismo, y en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1, la parte recurrente aduce que la negativa de la Corte de Casación griega a reconocer su condición de hijo adoptivo y, por consiguiente, sus derechos sucesorios, ha constituido una injerencia desproporcionada en el derecho al disfrute pacífico de sus bienes y, en consecuencia, supone una violación del precepto citado.

Por último, el Sr. Négrépontis-Giannisis, con fundamento en el art. 41 de la Convención, interesa una indemnización de 1.666.186,97 euros por los perjuicios económicos y de 400.000 euros en concepto de daños morales, más 4.696,30 por las costas causadas en los procedimientos internos y otros 20.000 euros por las costas derivadas del recurso ante el TEDH.

En concreto, los daños materiales, según el recurrente, se corresponden con el valor de las propiedades que su padre adoptivo poseía en la isla de Paros, mientras que los daños morales son los que se desprenden de la negativa de los tribunales griegos a reconocer su adopción y la perturbación que ello causó en su vida veinte años después de la adopción.

En último término, el demandante alega que, tratándose de una violación del derecho al respeto a la vida personal y familiar del art. 8 de la Convención, el perjuicio no puede ser reparado en su totalidad más que a través de la revisión de las decisiones de los tribunales internos o mediante la reapertura del procedimiento ante la jurisdicción griega.

5. La oposición del Gobierno griego

Resumiendo, la oposición formulada por el Gobierno griego, a la vista de los argumentos del Sr. Négrépontis-Giannisis, se basó, en primer lugar, en que el demandante no agotó la vía de los recursos previstos en la legislación interna griega, ni tampoco planteó los recursos adecuados, lo que habría permitido a los tribunales griegos examinar, al margen de la validez de la resolución norteamericana, la existencia de una relación paterno-filial entre el recurrente y su tío, además de pronunciarse acerca de la cuestión de la sucesión. Ni tampoco fundamentó, a juicio del Gobierno griego, sus pretensiones ante los tribunales internos en los arts. 6, 8 y 14 de la Convención, sino que lo hizo sobre la base del Derecho interno griego.

Particularmente, el Gobierno griego indica que el demandante no ha acreditado suficientemente ante los órganos jurisdiccionales griegos que entre su tío y él haya existido una relación digna de protección en los términos requeridos por el art. 8 de la Convención. Más concretamente, en relación con la posible existencia de injerencia en el derecho al respeto a la vida personal y familiar, el Gobierno alega que dicha injerencia se encuentra prevista en la ley griega, concretamente en el art. 33 del Código de procedimiento civil, que regula el tema del reconocimiento de resoluciones procedentes de tribunales extranjeros cuando sean contrarias a la moral y al orden público, y en el art. 3 de la Constitución, en el que se establece el carácter preponderante de la religión ortodoxa. De la misma manera, el Gobierno griego defiende que se trata de una injerencia necesaria en una sociedad democrática, a fin de salvaguardar los principios fundamentales y las concepciones sociales, económicas, políticas, morales y religiosas que constituyen el límite para la aplicación en Grecia de las leyes extranjeras. El Estado, por tanto, según los argumentos del Gobierno, no ha impuesto limitación alguna a la vida privada y familiar de los monjes, sino que únicamente ha procedido a adaptar la legislación a los mandatos de la religión ortodoxa, que es la dominante en Grecia.

Asimismo, el Gobierno alega que el motivo para no otorgar el reconocimiento a la resolución norteamericana de adopción fue garantizar la seguridad jurídica, pues hay que tener en cuenta que los parientes del Sr. Négrépontis durante muchos años mantuvieron una expectativa legítima en relación con la herencia de su hermano, dado que los interesados no les informaron nunca de la adopción y toda vez que ni el requirente ni su tío emprendieron durante veinticuatro años ningún procedimiento para obtener el reconocimiento de dicha adopción en Grecia. A este respecto, el Gobierno griego sostiene que el Sr. Négrépontis-Giannisis no ha sido objeto de discriminación alguna por razón de su condición de hijo adoptivo, en tanto que los tribunales griegos han resuelto tomando en consideración que la decisión norteamericana de adopción es contraria con el orden público griego y, en consecuencia, la misma no resulta válida ni puede ser objeto de reconocimiento, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico griego, que no permite contraer matrimonio a los monjes y miembros del clero.

En este punto, el Gobierno griego sostuvo que la decisión del Tribunal de Casación no ha vulnerado el derecho a un juicio justo ni entraña incumplimiento alguno del deber de salvaguarda de este derecho, en cuanto esta protección presupone que el contenido de la resolución extranjera no resulta contrario al orden público internacional griego. A esto se añade que, a juicio del Gobierno, el art. 6 de la Convención no impone a los Estados

miembros el reconocimiento incondicional de resoluciones extranjeras, disponiendo las autoridades nacionales de un amplio margen de apreciación en relación con los conceptos de orden público y buenas costumbres.

Por otra parte, y en cuanto a la posible infracción del Protocolo núm. 1, el Gobierno griego entiende que las cuestiones relativas a la sucesión del Sr. Négrépontis no fueron examinadas por los tribunales griegos a instancias del demandante, sino que el procedimiento se inició tras la interposición de la correspondiente acción por la hermana de aquél, lo que habría permitido a los órganos jurisdiccionales griegos pronunciarse acerca de si el recurrente tenía alguna expectativa de derecho legítima respecto de la herencia de su tío.

6. La Sentencia del TEDH: Análisis del fallo desde la perspectiva del no reconocimiento de la adopción extranjera y su incidencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 de la Convención

Finalmente, el TEDH acuerda por unanimidad la admisibilidad del recurso, declarando que se ha producido la violación de los arts. 8 y 14, en relación con el art. 8, y 6 de la Convención, además de la infracción del art. 1 del Protocolo núm. 1.

Dado que el presente trabajo tiene por objeto la adopción internacional y el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 de la Convención, a continuación comentaremos únicamente aquellos aspectos de la Sentencia del TEDH relacionados con la decisión del Gobierno griego de no reconocer una adopción válidamente constituida en el extranjero y su incidencia en relación con el art. 8.

A) Acerca de la supuesta violación del art. 8 de la Convención

Disposiciones aplicadas:

> «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar.
>
> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
>
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En relación con el motivo invocado, en primer lugar, el TEDH declara su admisibilidad en cuanto no se opone a lo previsto en el art. 35 de la Convención.

En cuanto al fondo de la cuestión litigiosa y comenzando por la supuesta existencia de la injerencia denunciada, recuerda el Tribunal que la finalidad del art. 8 de la Convención es la protección del individuo frente a las intromisiones arbitrarias de los poderes públicos, para lo cual debe verificarse el equilibrio necesario entre los intereses del sujeto y los de la sociedad en su conjunto, si bien el Estado dispone de un cierto margen de apreciación.

De la misma manera, el TEDH hace alusión a anteriores resoluciones en las que, si bien dispone que el derecho a adoptar no se encuentra garantizado como tal en la Convención, lo cierto es que las relaciones que surgen entre adoptado y adoptante como consecuencia de la adopción son equivalentes a las relaciones familiares protegidas por el art. 8 de la Convención, en tanto que los derechos y deberes de un hijo adoptivo se corresponden con los que derivan de la filiación por naturaleza.

Asimismo, el Tribunal señala que los derechos sucesorios entre padres e hijos, así como el nombre de una persona como medio de identificación personal y familiar, constituyen aspectos de la vida personal y familiar que entran dentro del ámbito de protección del art. 8 de la Convención (*Pini* y otros contra Rumania, 78028/01 y 78030/01, *Marckx* contra Bélgica, de 13 de junio de 1979, *Znamenskaya* c. Rusia no 77785/01, de 2 de junio de 2005).

Dicho esto, el TEDH considera que no hay razón alguna para negar la existencia de una auténtica relación familiar entre el recurrente y el obispo Timothéos y tampoco discute que la misma haya tenido consecuencias tanto en la vida del requirente como en la de su familia. A este respecto, el Tribunal tiene en cuenta que la resolución de adopción emitida por las autoridades norteamericanas, que, por lo demás, nunca fue cuestionada por el padre adoptivo, ha producido efectos en la vida del solicitante y su familia, incidiendo en el estado civil del Sr. Négrépontis-Giannisis, en cuanto afecta a su situación familiar y social.

En consecuencia, a juicio del TEDH, no hay duda de que la vida familiar del requirente se ha visto perturbada por la negativa de los tribunales griegos a reconocer su adopción, lo que, según el Tribunal, constituye una injerencia incuestionable en el derecho protegido por el art. 8 de la Convención, como así lo ha reconocido en anteriores resoluciones (caso *Wagner y J.M.W.L.* c. Luxemburgo no 76240/01, de 28 de junio de 2007).

Por lo que se refiere a la justificación de la injerencia, el TEDH no cuestiona que la denegación del reconocimiento de la adopción por los tribunales griegos vino motivada por el deseo de salvaguardar la moral y el orden público y, por esta razón, concluye que nos encontramos ante una intromisión prevista en la ley y que persigue un objetivo legítimo. No obstante, el Tribunal entiende que los motivos alegados por la Corte de Casación para rechazar el reconocimiento de la adopción del recurrente no responden a necesidades sociales imperiosas ni resultan proporcionales al objetivo legítimo perseguido, en cuanto tienen como consecuencia la denegación al recurrente de su condición de hijo adoptivo.

Consecuentemente con todo lo anterior, el TEDH declara que se ha producido una violación del art. 8 de la Convención.

B) Sobre la invocada violación del art. 8 en relación con el art. 14 de la Convención

Disposiciones aplicadas:

> «Artículo 14. Prohibición de discriminación.
>
> El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Sobre este particular, el Tribunal, tras declarar la admisibilidad del motivo alegado, recuerda que, de conformidad con el art. 14, una decisión es discriminatoria cuando carece de una justificación objetiva y razonable, o lo que es lo mismo, no persigue un fin legítimo, o si no existe una relación de proporcionalidad suficiente entre los medios empleados y el objetivo perseguido.

Resolviendo la cuestión litigiosa, la Corte considera que las causas invocadas por el Gobierno griego pueden ser calificadas de legítimas, pero, sin embargo, no puede estimarse que las mismas cumplan con el requisito de proporcionalidad suficiente, por lo cual el Tribunal concluye que, en el presente caso, sí que ha habido una vulneración del art. 8 de la Convención en relación con el art. 14. Y lo hace atendiendo a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 1250/1982, por el cual queda derogado el art 1364 del Código Civil griego y en el que se reconoce expresamente a los monjes y miembros del clero el derecho a contraer matrimonio a partir de dicha fecha. Luego, tal y como indica el TEDH, el obispo Timothéos hubiera podido casarse y fundar una familia, de tal manera que un hijo biológico del Sr. Négrépontis no hubiera podido verse privado de los derechos derivados de la relación paterno-filial y, por consiguiente, tampoco de sus derechos sucesorios, ni de su derecho al nombre, ni, en definitiva, de su derecho a vivir en sociedad con una identidad distinta de la que trae causa de su filiación, lo que ha ocurrido con el demandante después de que los tribunales griegos hayan desestimado el reconocimiento de su adopción.

III. REFLEXIONES FINALES

A) En primer lugar, cabe reseñar que la Sentencia comentada plantea cuestiones ciertamente relevantes desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Así, no podemos olvidar que la cuestión litigiosa se enmarca dentro de uno de los sectores tradicionales de dicha disciplina, junto con la competencia judicial internacional y la ley aplicable, cual es el de la validez extraterritorial de decisiones, en tanto que tiene como objeto el reconocimiento y efectos en Grecia de la adopción de un ciudadano griego por otro sujeto, también de nacionalidad griega, constituida ante las autoridades competentes de los Estados Unidos.

De la misma manera, también hay que tener en cuenta que el tema del reconocimiento y efectos de la adopción extranjera surge como cuestión previa en el marco de un litigio principal relativo a la sucesión del padre adoptivo del recurrente. Esto significa que para resolver la cuestión sucesoria, primeramente, es preciso determinar si la adopción extranjera puede ser considerada válida y existente en Grecia y si, por consiguiente, el recurrente reúne la condición de hijo adoptivo del causante. Evidentemente, el resultado del litigio sucesorio se encuentra estrechamente vinculado a la resolución que dicten los tribunales griegos en relación con la validez y efectos de la adopción norteamericana, porque de la misma dependerá que se otorgue derechos sucesorios sobre la herencia del causante a su hijo adoptivo o a los hermanos y hermanas de aquél. Por esta razón, el tribunal que debía conocer del pleito sucesorio ordenó la suspensión del procedimiento, en tanto no existiera un pronunciamiento judicial sobre la validez de la adopción norteamericana.

B) La segunda cuestión interesante desde la óptica del Derecho Internacional Privado la encontramos en la aplicación de la excepción de orden público internacional, que, en el presente caso, operó como límite al reconocimiento de la resolución extranjera de adopción

en la decisión de los tribunales griegos de no otorgar efectos a dicha adopción por entender que la misma resultaba contraria a la moral y a los principios fundamentales del país.

Continuando con la excepción de orden público internacional, de la Jurisprudencia del TEDH se desprende que la misma, como cualquier limitación a los derechos fundamentales reconocidos en la Convención, no puede convertirse en una barrera insuperable, sino que, por el contrario, ha de interpretarse de manera restrictiva(1). De este modo lo ha entendido también el Tribunal en el supuesto examinado, en el cual viene a indicar que, si bien los tribunales griegos disponen de un margen de discrecionalidad, la interpretación que realicen de la noción de orden público internacional no puede llevarse a cabo arbitrariamente o de forma desproporcionada.

Así las cosas, razona el Tribunal que los motivos esgrimidos por la Corte de Casación griega para denegar el reconocimiento de su adopción al Sr. Négrépontis-Giannisis, basados en normas antiguas de Derecho eclesiástico, que prohíben a los monjes contraer matrimonio y fundar una familia, no encuentran su fundamento en la protección de ninguna demanda social de carácter absoluto ni tampoco resulta una medida proporcionada para conseguir tal fin, por muy legítimo que éste sea, dado que tienen como efecto negar la condición de hijo adoptivo del recurrente y, en consecuencia, privarle de los derechos que pudieran corresponderle en la herencia de su padre adoptivo, lo que, a juicio del TEDH, constituye una intromisión injustificada en su derecho al respeto a la vida personal y familiar. Máxime si, como es el caso, ello supone una discriminación en relación con la filiación por naturaleza, habida cuenta de que, en el momento de constituirse la adopción, la legislación griega reconocía el derecho a contraer matrimonio a los monjes y demás miembros del clero de la Iglesia Ortodoxa Oriental y, por lo tanto, el obispo Timothéos hubiera podido casarse y tener hijos biológicos que hubieran heredado sus bienes sin que nadie hubiera cuestionado sus derechos en la herencia de su padre.

A la vista de tales consideraciones, no cabe la menor duda de que nos encontramos en condiciones de afirmar que la interpretación desproporcionada y arbitraria del concepto de orden público internacional llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales griegos, en tanto que ha sido la causa de denegación del reconocimiento de la adopción del recurrente y la consecuente privación de sus derechos en la sucesión de su padre adoptivo, es el principal fundamento en el que se basa el TEDH para declarar que la resolución de la Corte de

---

(1) En este sentido, es doctrina jurisprudencial consolidada del TEDH que los límites a los derechos fundamentales reconocidos en la Convención han de interpretarse de forma restrictiva, motivo por el cual, si bien los Estados disponen de un cierto margen de apreciación, que nunca puede transformarse en un poder arbitrario, el Tribunal considera que toda injerencia ha de justificarse en una necesidad social imperiosa y notablemente proporcionada al fin legítimo que se pretende, debiendo encontrar el justo equilibrio entre los intereses concurrentes, es decir, entre el interés general, o de la sociedad en su conjunto, y los derechos individuales (*vid*., entre otras muchas, SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass* y otros c. Alemania [TEDH 1978, 1], de 26 de septiembre de 1996, caso *Manoussakis* c. Grecia [TEDH 1996, 44], *Keegan* [TEDH 1994, 21], *Pini y otros* contra Rumanía [núms. 78028/2001 y 78030/2001], 8 de junio de 2007, caso *Wagner y J.M.W.L.* c. Luxemburgo [JUR 2007/ 147388] y de 10 de junio de 2011, caso *Schwizgebel* c. Suiza [TEDH 2010, 79]) .

Del mismo modo, el TEDH ha dejado sentado que la Convención y sus Protocolos son un instrumento vivo y dinámico, y por consiguiente, han de interpretarse a la luz de la realidad actual y de acuerdo con las condiciones de vida imperantes en cada momento concreto (*vid*., entre otras, SSTEDH de 25 de abril de 1978, caso *Tyrer* c. Reino Unido [TEDH 1978, 31], 31 de julio de 2003, caso *Guerrera y Fusco* c. Italia [JUR 2004/58180], 8 de julio de 2004, caso *Vo* c. Francia [TEDH2004/52] y 8 de junio de 2007, caso *Wagner y J.M.W.L.* c. Luxemburgo, [JUR 2007/ 147388]).

Casación griega, cuya revisión se solicita, vulnera el art. 8, éste también en relación con el art. 14, así como el art. 6 de la Convención, e igualmente el art. 1 del Protocolo núm. 1.

C) Una vez analizada la postura del TEDH en relación con la interpretación del orden público, en sede del reconocimiento de la adopción extranjera, procede realizar un breve apunte de Derecho Internacional Privado, sobre el papel que dicha institución está llamada a desempeñar, en el contexto del reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero. En este sentido, hemos de recordar que la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional[(2)], en adelante, LAI, y el Convenio de La Haya de 1993, de 29 de mayo[(3)], relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional[(4)], en adelante CH 1993, constituyen el marco jurídico fundamental en materia de adopción internacional.

Concretamente, en cuanto al sector de la validez de resoluciones extranjeras, no hay que perder de vista que las disposiciones de la LAI en materia de reconocimiento y efectos de la adopción constituida en el extranjero operarán siempre de manera subsidiaria, es decir, en defecto de normas internacionales, Tratados y Convenios internacionales u otro tipo de normas de origen internacional, que regulen este sector y que se encuentren en vigor en nuestro país. Así resulta, específicamente en materia de adopción internacional, del art. 25 de la propia LAI, que, asimismo, incluye una referencia expresa al CH 1993[(5)], y también del art. 26.1 LAI[(6)].

---

(2) Respecto al régimen de la adopción internacional previsto en la LAI, entre otros estudios, *vid*. ADÁN MUÑOZ, «Requisitos para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas convencionales», en VV.AA., *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, 2010, pp. 315-340; ADROHER BIOSCA, «La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional o la ley de los "Santos Inocentes": Observaciones preliminares», en D. Marre (coord.), *Adopción internacional y cambios sociales. Miradas diversas*. Graó, Barcelona, 2008; ARENAS GARCÍA y GONZÁLEZ BEILFUSS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional: entre la realidad y el deseo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales 2009*, <www.reei.org>; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, La Ley, Granada; ESTEBAN DE LA ROSA (coord.), *Regulación de la adopción internacional: nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, 2007; GARCÍA CANO, «Nueva regulación tras la Ley 54/2007 de adopción internacional de los efectos jurídicos en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras», *Revista de derecho de familia*, 2009, octubre-diciembre, pp. 25-50; LARA AGUADO, «Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero», *REDI*, vol. 60, núm. 1, 2008, pp. 129-145.

(3) En vigor en nuestro país desde el 1 de mayo de 1995.

(4) En relación con el CH 1993, entre la bibliografía publicada cabe citar las siguientes publicaciones, que pueden consultarse en <http://www.hcch.net>: PARRA ARANGUREN, *Informe explicativo* (en francés e inglés), *Actes et documents de la dixseptième session / Proceedings of the seventeenth Session*, vol. II, *Conférence de la Haya de Droit International privé*, 1995 (traducción castellana editada por la Oficina Permanente de la Conferencia).

(5) Además del CH 1993, España ha suscrito Convenios o Protocolos bilaterales en materia de adopción internacional con distintos Estados, como el Convenio bilateral hispano-boliviano sobre adopciones de 29 de octubre de 2001, el Protocolo sobre adopción internacional entre España y Filipinas de 12 de noviembre de 2002 o el Convenio de Cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007. Igualmente, existen Convenios bilaterales generales de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, que incorporan normas sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras de adopción, como los que vinculan al Estado español con Alemania, Austria, Italia, Francia, Túnez, Uruguay o Brasil.

(6) Ni que decir tiene que el necesario respeto a los Tratados, Convenios y otras normas internacionales, del que parte la LAI, según pone de manifiesto la Exposición de Motivos, deriva directamente del art. 96 CE y que en defecto de

Precisamente, esta alusión expresa realizada por la LAI al CH 1993, que se aplica *inter partes*, en relación con adopciones transnacionales y siempre que se cumplan los requisitos previstos en los arts. 2 y 3[7], encuentra su justificación en el hecho de que el mencionado Convenio es considerado como el instrumento internacional más importante que regula la adopción internacional, dado el gran número de países que lo han ratificado.

Y ya que hablamos del sector de la validez extraterritorial de decisiones extranjeras, no podemos olvidar que uno de los principales objetivos del CH 1993, como deja bien sentado el art. 1.c), radica en «asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio»[8], para lo cual incorpora en el art. 23 un sistema de reconocimiento de pleno derecho, o reconocimiento automático, de las adopciones certificadas conforme al Convenio[9], siempre que las mismas generen un vínculo de filiación[10], de tal forma que dicha adopción será considerada válida y existente en todos los Estados parte del Convenio, sin necesidad de *exequátur* u otro procedimiento de reconocimiento, ejecución o registro y sin que sea posible cualquier revisión sobre el contenido

---

cláusula de remisión expresa, como la que contienen los arts. 25 y 26.1 LAI, la primacía del régimen convencional sobre el autónomo se regirá por el sistema general previsto en los arts. 93 a 96 de la Constitución y en el art. 1.5 Cc. Pese a ello, según explican Calvo Caravaca y Carrascosa González, esta referencia introducida expresamente por el legislador en la LAI constituye una «cláusula de advertencia» o «cláusula recordatorio» a tomar en consideración por los operadores jurídicos en la aplicación de dicha ley. El mismo recordatorio se repite, y así lo hacen notar también estos autores, en el art. 26.1 LAI. Igualmente, los autores citados indican que el art. 25 LAI está redactado a modo de «cláusula abierta», de tal manera que dentro de la expresión «normas internacionales» puedan en un futuro tener cabida también los posibles Reglamentos comunitarios que pudieren aprobarse en materia de reconocimiento de las adopciones constituidas en los Estados miembros. *Vid*. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 160-161.

(7) En particular, el CH 1993 establece en los apartados 1 y 2 del art. 2:

«1. El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación».

Igualmente, en su art. 3, el CH 1993 previene que el mismo deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el articulo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

(8) El art. 1 CH 1993 en los apartados a) y b) acoge también otras dos finalidades igualmente relevantes perseguidas por el Convenio:

«a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional;

b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños».

(9) Para que una adopción constituida en un Estado contratante pueda ser reconocida de pleno derecho en otro Estado contratante, será necesario aportar la certificación expedida por las autoridades competentes del Estado donde haya tenido lugar la adopción, que podrá ser, según las circunstancias, el Estado de origen o el Estado de recepción, en la cual se haga constar que se cumplen los requisitos exigidos por el Convenio y en particular, de conformidad con lo previsto en el art. 23.1, deberá especificar cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c). *Vid*. PARRA ARANGUREN, «La Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional», *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,* Madrid, segunda época, núm. 6, verano-otoño, 1994.

(10) Luego, el CH 1993 se aplica a toda adopción, independientemente de que se trate de una adopción plena o de una adopción simple o menos plena, revocable o no, siempre y cuando la misma comporte el establecimiento de un vínculo de filiación entre el adoptando y el adoptante/s.

de la adopción extranjera[11]. Así, mediante esta previsión, el Convenio pretende evitar el problema de las adopciones claudicantes, es decir, aquellas que, como la que da lugar a la sentencia comentada, se consideran perfectamente válidas y existentes en un país, pero, sin embargo, no serán reconocidas ni podrán surtir efectos en otros Estados.

En otro orden de consideraciones y en relación con la LAI, la validez y efectos en España de las adopciones constituidas en el extranjero viene ordenada en el Capítulo III del Título II. Fundamentalmente, el art. 26 dispone los requisitos que deben cumplir las adopciones extranjeras para que puedan ser reconocidas por la autoridad española y surtir efectos legales en nuestro país, en defecto, como ya hemos dicho anteriormente, de normas internacionales susceptibles de aplicación. En este punto, hemos de tener en cuenta que el régimen previsto en el mencionado art. 26 responde a un fin concreto, planteado en la propia LAI en su Exposición de Motivos, y que se resume en la siguiente idea: «la adopción solo será reconocida en España si se ha constituido válidamente en el Estado de origen y si, además, satisface determinadas exigencias de regularidad jurídica o que giren en torno al interés del adoptado». Y, precisamente, para evitar que aquellas adopciones que no hayan sido válidamente constituidas en el extranjero o que no se ajusten al interés del menor desplieguen efectos en España, la LAI exige que la autoridad española revise una serie de circunstancias que deben concurrir en aquellas adopciones cuyo reconocimiento se plantea en nuestro país, y muy especialmente deberá llevar a cabo un triple control: control de la competencia de la autoridad extranjera que ha constituido la adopción, control de la ley aplicada y control de la equivalencia de efectos de la adopción extranjera con los que comporta la adopción en el ordenamiento jurídico español, en particular si la adopción provoca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior y si hace surgir idénticos vínculos de filiación a los de la filiación por naturaleza, así como si se trata de una adopción irrevocable por los adoptantes.

De otro lado, y puesto que la sentencia comentada trae causa de la decisión de los órganos judiciales griegos de denegar el reconocimiento de una adopción extranjera con fundamento en la excepción de orden público, cabe recordar que el CH 1993 establece en el art. 24 que «solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño».

No obstante, el límite del orden público internacional no está previsto expresamente en la LAI, salvo en el supuesto de que nos encontremos ante una adopción simple (art. 31), en este caso también teniendo en cuenta el interés superior del menor. Sin embargo, no cabe duda de que deberá igualmente operar en virtud del principio general presente en el Derecho Internacional Privado, del que se infiere que no podrán desplegar efectos jurídicos en España aquellas resoluciones extranjeras cuyos efectos resulten contrarios al orden público internacional español[12].

---

(11) Vid. PARRA ARANGUREN, *Informe explicativo, explicativo (en francés e inglés), Actes et documents de la dixseptième session / Proceedings of the seventennth Session*, vol. II, *Conférence de la Haya de Droit International privé*, 1995 (traducción castellana editada por la Oficina Permanente de la Conferencia).

(12) En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1986 señala que el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, de tal manera que nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones que

En este orden de consideraciones, hay que señalar que, desde antiguo, nuestro Tribunal Supremo ha venido interpretado el concepto de orden público como comprensivo de «aquellos principios públicos y privados, políticos, morales e incluso religiosos que resultan absolutamente necesarios para la conservación del orden social, pero que, sin embargo, no son inmutables, sino que se van adaptando a la realidad de los tiempos»(13).

En cualquier caso, debemos tener bien presente que en España el concepto de orden público internacional ha experimentado una evolución desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y, en la actualidad, se considera que está integrado por los derechos y principios fundamentales recogidos en la Constitución Española(14), pero también por los principios generales que dimanan de los Convenios y Tratados internacionales(15), y muy en particular, en el ámbito europeo, los previstos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el art. 6.1 TUE (Tratado de Lisboa) reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados(16).

Aquí, no está de más mencionar que en nuestro país un motivo como el esgrimido por el Gobierno griego, basado en la prohibición de adoptar a clérigos o monjes, no podría ser entendido como un principio fundamental de nuestro orden público. Cierto es que hasta la entrada en vigor de la Ley 21/1987 el Código Civil venía acogiendo el impedimento para adoptar en relación a las personas cuyo estatuto religioso prohibía contraer matrimonio, pero no es menos cierto que la doctrina comenzó a preguntarse si desde la vigencia de la Constitución una prohibición de este tipo podría ya carecer de todo sentido(17), toda vez que el art. 16.3 reconoce el principio de libertad religiosa, del que deriva la aconfesionalidad del Estado, y habida cuenta de que el art. 39.2 establece el principio de igualdad de los hijos ante la ley independientemente de su filiación. Pese a todo, como ya hemos dicho, la citada prohibición no fue suprimida hasta la reforma del Código Civil efectuada por la

---

comporten la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles, o, en su caso, a los españoles y extranjeros.

(13) Esta definición de orden público es la que viene siendo aceptada por nuestro Tribunal Supremo desde la Sentencia de 5 de abril de 1966.

(14) *Vid.*, entre otras, STC 54/1982, de 23 de febrero.

(15) Esta tendencia a incluir los principios previstos en los Tratados y Convenios internacionales dentro del contenido del orden público internacional resulta de todo punto lógica, habida cuenta de que en virtud del art. 96.1 CE los Tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico español una vez publicados oficialmente, y toda vez que el 10.2 CE dispone que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

(16) En concreto, el art. 6.1 TUE establece:

«La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

(17) Vid. SECO CARO, «¿Pueden adoptar los clérigos católicos en el ordenamiento español después de la Constitución de 1978?», *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, 1983, pp. 763-804.

Ley 21/1987 y, en consecuencia, en el momento actual ya no está prevista en los arts. 175 a 180 Cc, que recogen las normas sustantivas que regulan la institución adoptiva. Aunque también es verdad que durante bastante tiempo no dejó de causar cierta extrañeza en la conciencia social la posibilidad de que sacerdotes y religiosos pudieran adoptar y, por tanto, ejercer las funciones inherentes a la patria potestad.

A esto se añade que, desde las reformas realizadas por la ya mencionada Ley 21/1987 y por la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, la adopción en nuestro país ha dejado de concebirse como un derecho de los adoptantes, configurándose esencialmente en torno al principio del interés del adoptado, principio éste que, evidentemente, se ha tomado en consideración a la hora de establecer las prohibiciones para adoptar y por tanto, también operará frente a la excepción de orden público internacional. Junto a ello, igualmente, se debe precisar que el Código de Derecho Canónico, si bien no dispone de forma explícita que los sacerdotes puedan adoptar, tampoco lo prohíbe expresamente[18]. De hecho, en España se ha podido constatar la existencia de varios casos de adopción por parte de sacerdotes españoles[19].

Por consiguiente, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, resulta evidente que, ante un supuesto similar al de la sentencia examinada, los tribunales españoles no podrían oponer la excepción de orden público internacional como causa de denegación del reconocimiento de una adopción válidamente constituida en el extranjero en la cual el adoptante ostenta la cualidad de monje o clérigo.

IV. CONCLUSIÓN

Partiendo del análisis pormenorizado de la Sentencia comentada, y después de examinar conjuntamente tanto la Jurisprudencia del TEDH como el estado de la cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español, cabe concluir que el TEDH ha construido una línea jurisprudencial de alcance general, que bien puede entrar en juego a la hora de interpretar el significado y contenido del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio, en relación con el reconocimiento de una adopción extranjera.

---

(18) Cierto es que, dentro del Capítulo III, del Título VII, Parte I, del Libro IV, del Código de Derecho Canónico, que trata sobre los impedimentos dirimentes, en particular, para contraer matrimonio, los cánones 1087 y 1088 declaran que atentan inválidamente el matrimonio quienes han recibido las órdenes sacerdotales y quienes están vinculados por voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso. Sin embargo, también es verdad que el Capítulo III, del Título III, Parte I, del Libro IV, del Código de Derecho Canónico, regula las obligaciones y derechos de los clérigos, recogiendo, asimismo, algunas prohibiciones que afectan a los ministros sagrados, sin que en ninguno de sus preceptos (canónes 273 a 289) se contemple la prohibición de adoptar.

Por lo demás, la única referencia que incorpora el Código de Derecho Canónico a la institución de la adopción la podemos encontrar en el canon 110, en el cual se dispone que «los hijos que han sido adoptados de conformidad con el derecho civil, se consideran hijos de aquel o aquellos que los adoptaron», sin que se haga distinción alguna entre los hijos adoptados por los laicos y los adoptados por clérigos o religiosos.

(19) En este punto, *vid*. SÁNCHEZ CÁMARA, «Sacerdocio y Adopción», publicado en el diario *ABC* el día 29 de mayo de 2002, en el que comenta la adopción de un menor bielorruso llevada a cabo por un sacerdote español, al mismo tiempo que hace referencia a la existencia de un precedente anterior en relación con una adopción de una niña realizada por otro sacerdote español en Perú.

Dicha corriente jurisprudencial se inclina por evitar situaciones familiares claudicantes derivadas de la diversidad legislativa de los Estados, flexibilizando la aplicación de la excepción del orden público internacional, cuya interpretación deberá realizarse de forma restrictiva, procurando el justo equilibrio entre los distintos intereses concurrentes, pero sin olvidar tampoco que, en materia de adopción, el interés prevalente es siempre el del menor.

En conclusión, trasladando la mencionada doctrina del TEDH al sector del reconocimiento de las adopciones extranjeras, no cabe la menor duda de que el interés, en este caso, del hijo ya adoptado ha de operar como límite a la excepción de orden público internacional, orientando y matizando la aplicación de la mencionada excepción por los Tribunales de los Estados contratantes de la Convención, de donde se desprende que las autoridades internas deberán ponderar todos los intereses en juego, si bien velando por la salvaguarda del interés superior del menor, que siempre habrá de prevalecer sobre los demás intereses concurrentes.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

FUENTES INTERNAS

— Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE del 22).

— Instrucción de 16 de diciembre de 2011, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Modernización de la Administración de Justicia, por la que se corrigen errores en la de 27 de octubre de 2011, sobre el nuevo modelo organizativo del Registro Civil Central (BOE del 28).

— Real Decreto 1/2012, de 5 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE del 6).

— Real Decreto 2/2012, de 5 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE del 6).

— Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012 (BOE del 6).

— Real Decreto 151/2012, de 13 de enero, por el que se nombra Secretaria General de Inmigración y Emigración a doña Marina del Corral Téllez (BOE del 14).

— Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE del 24).

— Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE del 24).

— Orden ESS/183/2012, de 3 de febrero, por la que se delegan competencias en el ámbito de la Secretaría General de Inmigración y Emigración (BOE del 6).

— Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE del 11).

— Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (BOE del 18).

— Real Decreto 447/2012, de 1 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE del 6).

— Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE del 6).

— Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE del 6).

— Resolución de 16 de febrero de 2012, de la Dirección General de Migraciones, por la que se prorroga el derecho a asistencia sanitaria para todos aquellos beneficiarios de prestación económica por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior que acreditasen esta condición a 31 de diciembre de 2011 (BOE de 13 de marzo).

FUENTES INTERNACIONALES

— Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Programa de las Naciones Unidas para los asentamientos humanos para su establecimiento en España, hecho en Madrid el 30 de noviembre de 2011 (BOE de 26 de diciembre).

— Aplicación provisional del Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos por el que se modifica el Canje de Notas para la supresión de visados diplomáticos de 17 de abril de 1989, hecho en Madrid el 7 y 14 de diciembre de 2011 (BOE de 29 de diciembre de 2011).

— Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa para la creación de dos Centros de cooperación policial y aduanera, al amparo del artículo 4.2 del Acuerdo entre ambos Estados sobre cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera de 19 de noviembre de 2005, hecho en Lisboa el 28 y 31 de julio de 2009 (BOE de 8 de febrero de 2012).

— Entrada en vigor del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009 (BOE de 15 de febrero de 2012).

— Entrada en vigor del Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos por el que se modifica el Canje de Notas para la supresión de visados diplomáticos, de 17 de abril de 1989, hecho en Madrid el 7 y 14 de diciembre de 2011 (BOE de 14 de abril de 2012).

— Entrada en vigor del Convenio de Sede entre España y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) para el establecimiento de una oficina de representación de la OIM en España, hecho en Madrid el 14 de julio de 2008 (BOE de 16 de abril de 2012).

FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

— Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 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 residen legalmente en un Estado miembro (DOUE, L 343, de 23 de diciembre de 2011).

— Instrumento de Ratificación del Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, hecho en Bruselas el 23 de junio de 2010 (BOE de 28 de diciembre de 2011).

— 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, L 11, de 13 de enero de 2012).

— Reglamento (UE) n.º 52/2012 de la Comisión de 20 de enero de 2012 por el que se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n.º 998/2003 del Parlamento Europeo del Consejo en lo que respecta a la entrada correspondiente a los Estados Unidos en la lista de terceros países y territorios (DOUE, L 18, del 21).

— Reglamento (UE) n.º 156/2012 de la Comisión de 22 de febrero de 2012 por el que se modifican los anexos I a IV del Reglamento (CE) n.º 44 del Consejo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE, L 50, del 23).

— Reglamento (UE) n.º 154/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2012 que modifica el Reglamento (CE) n.º 810/2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados) (DOUE, L 58, del 29).

— Acuerdo sobre la participación de la República de Bulgaria y Rumania en el Espacio Económico Europeo, hecho en Bruselas el 25 de julio de 2007 (BOE de 2 de marzo de 2012).

— 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 72, de 10 de marzo de 2012).

EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS(*)

(Selección)

PROTECCIÓN ADICIONAL DE LOS MENORES CONTRA LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión Europea ha propuesto que la UE acepte a Rusia y 7 países más como partes en un Convenio Internacional destinado a prevenir la sustracción de menores. El Convenio de La Haya de 1980 garantiza el retorno inmediato de los menores sustraídos por un progenitor a su país de residencia habitual y protege los derechos de visita de los progenitores. La sustracción internacional por un progenitor es un problema mundial que afecta a miles de niños todos los años. La medida adoptada extenderá la protección de los menores en la Unión Europea a 8 nuevos países: Rusia, Albania, Andorra, Armenia, Gabón, Marruecos, Seychelles y Singapur. El Convenio ha sido ratificado hasta la fecha por 86 países, incluidos todos los países miembros de la UE. Si un progenitor implicado en un caso de sustracción procede de fuera de la UE, el Convenio de La Haya sólo se aplica si el país de origen del progenitor es miembro del Convenio. Todos los Estados miembros de la UE son partes en el Convenio y la Comisión Europea promueve activamente la adhesión al Convenio en el ámbito internacional para mejorar la protección de los menores de la UE en todo el mundo. Este Tratado multilateral no pretende resolver casos de guarda y custodia, pero prevé un procedimiento para que el menor sustraído pueda regresar inmediatamente a su país de origen. Una vez en él, las autoridades locales determinarán el lugar de residencia y las personas con las que residirá el menor. El Convenio también garantiza la protección de los derechos de visita. Si un progenitor sustrae un menor en la Unión Europea, el Reglamento 2201/2003, «Bruselas II», impone obligaciones estrictas que garantizan el retorno del menor. Con arreglo a este Reglamento, los tribunales del Estado miembro al que se ha conducido al menor no pueden negarse a cumplir una orden

(*) 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 Anwaltwerein*.

de devolución del menor al Estado miembro de origen. Los datos recopilados recientemente muestran que el Reglamento se aplica adecuadamente: en general, los conflictos sobre sustracción de menores entre Estados miembros de la Union Europea se resuelven de forma mucho más ágil y eficaz, gracias sobre todo a la supresión del farragoso procedimiento de exequátur.

(9 de enero de 2012)

CROACIA DICE «SÍ» A LA UNIÓN EUROPEA

Croacia firmó el tratado de adhesión a la Unión Europea el pasado año 2011, y se convertirá en el vigésimo octavo Estado miembro de la UE el 1 de julio de 2013, una vez que los 27 miembros actuales hayan ratificado el acuerdo, ya que los resultados provisionales del referéndum celebrado el pasado 22 de enero muestran que el 67% de los croatas votaron a favor de la adhesión del país a la UE. El Presidente del PE, Martin Schulz, ha recibido con agrado el resultado: «un resultado positivo en el referéndum es un claro indicio de que la UE sigue siendo atrayente», afirmó. «La adhesión es la recompensa por el notable progreso que Croacia ha alcanzado en su camino de reformas durante los últimos años», agregó. Según Martin Schulz «el ejemplo croata envía una señal positiva y motivación a todo el sureste de Europa, demuestra que cuando se siguen una serie de reformas, la Unión Europea responde en consonancia, aunque en un futuro inmediato necesitemos una fase de estabilización interna».

(23 de enero de 2012)

«EUROPA TRABAJA», PRIORIDADES DE LA PRESIDENCIA DANESA

La Presidencia danesa está firmemente decidida a contribuir a que Europa salga de la crisis y regrese a la buena senda. Así lo afirmaba la Primera Ministra Helle Thorning-Schmidt en su mensaje al Parlamento Europeo la pasada semana en Estrasburgo sobre el Programa de la Presidencia para los próximos seis meses. El buen gobierno económico debe garantizar la solidez de las finanzas públicas, como base para un porvenir sostenible que esté en condiciones de asumir los cambios y permita aumentar la competitividad. Sin embargo, la moderación del gasto no deberá impedir el crecimiento y la creación de empleo ni la mejora de la competitividad y la innovación. Helle Thorning-Schmidt hizo hincapié en el paro juvenil como uno de los problemas fundamentales que habrá que abordar. La Presidencia danesa promoverá una Europa más verde, que aproveche al máximo el potencial de creación de empresas y puestos de trabajo relacionados con el medio ambiente. Esto lleva aparejadas iniciativas sobre eficiencia energética y fuentes de energía renovables. También figurarán en el orden del día la seguridad y la libertad de los ciudadanos: la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, la inmigración y la gestión de las fronteras. Una de las primeras decisiones adoptadas por el Gobierno danés recientemente constituido fue la de suprimir los controles fronterizos entre Dinamarca y Alemania y entre Dinamarca y Suecia que se habían introducido durante el Gobierno anterior. En la subsiguiente conferencia de prensa, la Primera Ministra declaró que tanto

ella como Herman Van Rompuy, Presidente del Consejo Europeo, están de acuerdo en que la reunión informal del Consejo Europeo del 30 de enero se dedique al crecimiento y la creación de empleo.

(23 de enero de 2012)

20 AÑOS DESPUÉS DE MAASTRICHT

Viviane Reding, Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, realizó la pasada semana un discurso con ocasión del primer aniversario del Club de Prensa Bruselas Europa, en el que analizó los veinte años que han transcurrido desde la aprobación, en 1992 del Tratado de la Unión Europea, también conocido como Tratado de Maastricht, y que puso las bases para la Unión Europea de hoy, estableciendo una ciudadanía europea, consolidando el mercado único, cimentando las bases para una política común exterior y de seguridad así como una cooperación estructurada en el ámbito de la Justicia y los asuntos de interior. De la misma manera, el Tratado de Maastricht puso en marcha el proceso irreversible de la moneda única, conducente a una Unión económica y monetaria.

(6 de febrero de 2012)

APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA TRANSFRONTERIZA

La Comisión Europea ha presentado el informe sobre la aplicación de la Directiva 2003/8/CE destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios al PE, Consejo de la Unión Europea y CESE. Todos los Estados miembros vinculados por la Directiva han incorporado en sus respectivos ordenamientos nacionales el derecho a la justicia gratuita en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles, aunque se constata que no todas las modalidades de aplicación de la Directiva se han implementado perfectamente. Las dificultades encontradas vienen dadas por el hecho de que las disposiciones de la Directiva son en ocasiones diferentes de las disposiciones nacionales relativas a la justicia gratuita y a que la falta de jurisprudencia del TJUE no ha contribuido a una aplicación uniforme. Para los Estados miembros el mayor margen de mejora tiene que ver con el fomento activo y eficiente de la Directiva, para lo que habría que facilitar al público y a los profesionales de la justicia información sobre los diversos sistemas de justicia gratuita con arreglo a la Directiva. Por último, respecto a la política sobre justicia gratuita *vis a vis* de terceros países, la Comisión estudiará la posible adhesión de la Unión Europea al Convenio de La Haya de 1980 tendente a facilitar el acceso a la justicia, si permitiera su aplicación uniforme en toda la Unión Europea y llevara a otros países a adherirse al mismo.

(27 de febrero de 2012)

CREACIÓN DEL GRUPO DE EXPERTOS SOBRE POLÍTICA PENAL DE LA UE

La Comisión Europea ha anunciado la creación de un Grupo de Expertos en el ámbito del Derecho penal de la Unión Europea. El Grupo apoyará los trabajos de la Comisión para el establecimiento de una política penal en la UE y aconsejar sobre todas las cuestiones relacionadas con ella. El Grupo también deberá asesorar sobre la recopilación de pruebas para evaluar si las medidas de Derecho penal en la Unión Europea son fundamentales para garantizar la aplicación efectiva de una política de la Unión. El Grupo se encargará de asesorar a la Comisión en materia de Derecho penal sustantivo en el contexto de la creación de una política penal de la Unión Europea. Ello incluirá, en particular, el asesoramiento sobre cualquier cuestión jurídica que pueda surgir en este contexto y también se referirá a la recopilación de pruebas para evaluar si es esencial contar con medidas de Derecho penal de la Unión Europea para garantizar la aplicación efectiva de una política de la Unión, en consulta con los grupos de expertos existentes en los ámbitos afectados. La Comisión podrá consultar al Grupo sobre cualquier aspecto relacionado con el desarrollo de una política penal de la Unión Europea. El Grupo estará integrado por un máximo de 20 miembros. Estos serán personas físicas nombradas a título personal.

(27 de febrero de 2012)

PRIORIDADES SOBRE EL REASENTAMIENTO DE REFUGIADOS

El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, reunido la pasada semana en Bruselas, adoptó una decisión que establece las prioridades de la Unión Europea para 2013 sobre reasentamiento de refugiados, así como nuevas normas sobre el apoyo financiero que habrán de recibir los Estados miembros, procedente de los fondos de la Unión Europea, para acoger en sus territorios refugiados de fuera de la Unión Europea (reasentamiento). Estas normas de cofinanciación son un añadido al marco jurídico existente que regula el Fondo Europeo para los Refugiados (630 millones de euros) durante el periodo 2008-2013. El Fondo se creó para financiar los esfuerzos nacionales de acogida de refugiados y personas desplazadas y para garantizarles el acceso a procedimientos de asilo coherentes, equitativos y eficaces. Financia también medidas relacionadas a escala de la Unión Europea. La cofinanciación del Fondo incluye medidas de los Estados miembros como mejoras en la infraestructura de acogida, integración de las personas cuya estancia en un Estado miembro sea prolongada y estable, formación para garantizar el acceso a procedimientos de asilo, asistencia jurídica y social, etc. Para que le sea más fácil a la Comisión planificar el gasto procedente del Fondo Europeo para los Refugiados, se ruega a los Estados miembros proporcionen sus planes antes del 1 de mayo de 2012.

(12 de marzo de 2012)

EL PARLAMENTO EUROPEO APRUEBA NUEVAS NORMAS SOBRE SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS

El Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria la pasada semana en Estrasburgo (Francia), aprobó con una enorme mayoría, y en primera lectura, la propuesta de Reglamento

sobre jurisdicción, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones e instrumentos auténticos en materia de sucesión, así como la creación de un Certificado Europeo de Sucesiones. El texto es el resultado de un compromiso entre el propio Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, e introduce varias enmiendas a la propuesta original. La Unión Europea tiene como objetivo el mantenimiento y desarrollo de un área de libertad, seguridad y justicia, que garantice la libertad de circulación de los ciudadanos. Para el establecimiento gradual de esa área, deben adoptarse medidas relativas a la cooperación judicial en asuntos civiles, con implicaciones transfronterizas, sobre todo cuando sean necesarias para el correcto funcionamiento del Mercado Interior. CCBE, el Consejo de la Abogacía Europea, está analizando que la propuesta de Reglamento respete los distintos sistemas jurídicos establecidos en los Estados miembros, incluyendo a aquéllos en que los profesionales del Derecho tienen delegadas funciones de tipo judicial.

(19 de marzo de 2012)

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. EL RETORNO VOLUNTARIO EN ESPAÑA: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MIGRACIÓN CIRCULAR Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SARA IGLESIAS SÁNCHEZ

Profesora Sustituta del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Cádiz

RESUMEN

El retorno voluntario en España: análisis desde la perspectiva de la migración circular y del Derecho de la Unión Europea

La noción de migración circular se ha instalado en la normativa y política de inmigración tanto a nivel nacional como a nivel europeo. La presente contribución pretende poner en perspectiva las medidas de retorno voluntario adoptadas en España a la vista de los potenciales peligros y beneficios encerrados en la noción de la migración circular. Tras una breve alusión introductoria a las dificultades y ventajas asociadas a las medidas de política migratoria encuadradas bajo el rótulo de la «migración circular», examinaremos el marco de la política de inmigración común de la UE. En particular, nos centraremos en el Plan de retorno voluntario del año 2008, bajo el prisma de su inserción en el ámbito más amplio de la política de inmigración común de la Unión Europea.

Palabras clave: Retorno voluntario, migración circular, política de inmigración común, Unión Europea, crisis económica.

ABSTRACT

Voluntary return in Spain: an analysis from the perspective of circular migration and of the law of the European Union

The concept of circular migration is having a strong impact in the design of immigration policies and immigration law at the national and European level. This paper aims at assessing the voluntary return measures adopted in Spain taking into account the potential benefits and dangers that the concept of circular migration entails. After a brief introduction to the difficulties and advantages associated with migration policy measures that can be framed under the paradigm of «circular migration», we will examine the measures adopted in this sense by the European Union. Particularly, we will focus in the «Voluntary Return Plan 2008» of the Spanish government and its insertion in the broader framework of the EU common immigration policy.

Key words: Voluntary return, circular migration, common migration policy, European Union, economic crisis.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. MIGRACIÓN CIRCULAR EN PERSPECTIVA CRÍTICA.

III. MIGRACIÓN CIRCULAR Y RETORNO EN LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN COMÚN DE LA UNIÓN EUROPEA.

IV. EL RETORNO VOLUNTARIO EN ESPAÑA.

V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La noción de «migración circular» se ha labrado un lugar privilegiado como alternativa o complemento de los modelos migratorios de los Estados, ofreciendo una herramienta correctora de trayectorias muchas veces gobernadas por las exigencias a corto plazo y desprovistas de un diseño que tome en cuenta las consecuencias en países de origen y los intereses de los inmigrantes. Así, este concepto se ha instalado tanto a nivel institucional como doctrinal —si bien no de manera acrítica— como un enfoque prometedor, y ha demostrado tener un impacto real tanto en las políticas nacionales como en la política de inmigración común de la Unión Europea, ya que algunos de sus designios se han introducido en las propuestas y normas de una forma transversal, llegando a convertirse incluso en un objetivo independiente y preeminente, objeto de iniciativas precisas como son los «partenariados para la movilidad». A este respecto, la migración circular pretende aunar las necesidades económicas de los Estados receptores con la cooperación al desarrollo, dando lugar a un reparto de efectos positivos en los Estados receptores y emisores, diversificando al mismo tiempo entre los individuos las posibilidades de beneficiarse de la experiencia migratoria, favoreciendo su reinserción en la sociedad del Estado de origen y evitando la «fuga de cerebros».

Esta aproximación —que se aventura beneficiosa todos los actores implicados— plantea, no obstante, importantes vicisitudes en relación con los intereses particulares del individuo y con la protección de sus derechos adquiridos a través de su residencia y trabajo en el Estado de acogida, en particular, relacionados con la seguridad de la residencia. Ello es latente, ya que entre las medidas que se engloban bajo el rótulo de la «migración circular» son determinantes aquellas que se centran en la vertiente potenciadora del retorno de los inmigrantes a sus países de origen. En este marco se inserta el Plan de Retorno Voluntario 2008, puesto en marcha por el gobierno de España en un marcado contexto de crisis económica[(1)], al igual que otros Estados que han implementado medidas conocidas como «pay-to-go schemes»[(2)].

La presente contribución intentará poner en perspectiva dicho Plan de retorno voluntario, a la vista de los potenciales peligros y beneficios encerrados en la noción de la migración circular, bajo el prisma de la inserción de dichas medidas en el ámbito más amplio de la política de inmigración común de la Unión Europea. Tras una breve alusión introductoria a las dificultades y ventajas asociadas a las medidas de política migratoria encuadradas bajo el rótulo de la «migración circular», examinaremos el marco de la política de inmigración común de la UE y la inserción en el mismo de la aproximación española al retorno voluntario, principalmente a través del Plan de Retorno Voluntario de 2008. En particular, se propone una visión del retorno como un elemento encaminado a fomentar la circula-

(1) 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, BOE 228, de 20 de septiembre de 2008, y Real Decreto 1800/2008, por el que se desarrolla el anterior, BOE 272, de 11 de noviembre de 2009.

(2) Particularmente, Japón y la República Checa. Al respecto puede verse: FIX, M., PAPADEMETRIOU, D. G., BATALOVA, J., TERRAZAS, A., YI-YING LIN, S. y MITTELSTADT, M.: *Migration and the Global Recession,* Migration Policy Institute, 2009, <www.migrationpolicy.org/pubs/MPI-BBCreport-Sept09.pdf>.

ridad de la migración, para lo cual se resaltan aquellos elementos tanto de la normativa nacional como de la comunitaria que promueven el retorno a través de la flexibilización de las posibilidades de reemigración.

II. MIGRACIÓN CIRCULAR EN PERSPECTIVA CRÍTICA[3]

La migración circular es un concepto que se ha mostrado esquivo a encontrar una definición unívoca y unánimemente adoptada tanto entre la doctrina como en las diferentes prácticas estatales[4]. Incluso adoptando una definición amplia, por ejemplo, identificando la migración circular con un cierto grado de movilidad entre los países de acogida y de origen, pueden distinguirse diferentes tipologías dependiendo de la temporalidad o permanencia tanto del retorno del inmigrante como de su estatuto de residencia en el Estado de acogida[5]. En todo caso, el retorno supone un elemento central de la circularidad de la movilidad, si bien no constituye el único factor que determina el proceso. La complejidad de las actuales realidades migratorias hace imposible identificar la migración circular a través de una definición cerrada, pero ello no impide que la misma pueda ser reconocida a través de ciertas características en cierto modo programáticas, entre las que destacan su carácter «temporal, renovable, circular, legal, respetuosa con los derechos de los migrantes, gestionada de forma que optimice los mercados laborales de los Estados receptores y de origen»[6].

Salta a la vista que la determinación de las cualidades de la migración circular responde más que a la descripción de un fenómeno, a la expresión de un *desideratum* de lo que se pretende conseguir a través de ella. En efecto, no existe un concepto o modelo único de migración circular. Ésta ha de contemplarse más desde los objetivos que se pretenden conseguir que desde la necesidad de que se cumplan unos criterios descriptivos estáticos. Por ello, el énfasis debe ser desplazado de la definición a los resultados que se deben alcanzar a través de la circularidad de la movilidad. Como consecuencia, son variadas las medidas que pueden contribuir a fomentar efectos identificables con los designios de la «migración circular». Y dichos efectos, para enmarcarse dentro del paradigma de la migración circular, no bastarán con identificarse con la movilidad física de los migrantes entre países de origen y destino, sino que el resultado de la movilidad deberá aportar efectos beneficiosos repartidos entre los actores en juego. Es lo que ha venido a llamarse una «triple win situation», es decir, que el proceso migratorio se traduzca en ganancias para los tres actores involucrados —Estado de acogida, Estado de origen y los individuos mismos—, conjurando así los peligros intrínsecamente ligados a las migraciones internacionales para los derechos de las personas.

---

(3) Este apartado se basa, en parte, en la comunicación «¿Migración circular como solución?: Bondades y deficiencias de la aproximación de la migración circular en el ámbito de la Unión Europea», *Actas del VI Congreso sobre las migraciones en España 2009,* pp. 199-210.

(4) Sobre la discusión en torno al concepto de la migración circular, véase CARIM: *Circular migration meetings, Intensive Thematic Session, The Role of Circular Migration in Euro-Mediterranean Area.* Proceedings 2008/01. <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/9912>.

(5) AGUNIAS, D.R. y NEWLAND, K.: «Circular Migration and development: Trends, Policy Routes, and Ways Forward», *Migration Policy Institute, Policy Brief*, 2007. <www.migrationpolicy.org/pubs/MigDevPB_041807.pdf>.

(6) FARGUES, P.: «Circular Migration: is it relevant for the South and East of the Mediterranean?», CARIM Analytic and Synthetic Notes 2008/40, *Circular Migration Series*, European University Institute 2008, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/8391?show=full>.

Dada la amplia definición de la migración circular, y debido a que el énfasis para identificar una política como tal depende más de los objetivos que inspiran las medidas que la componen que de rasgos objetivos, los instrumentos jurídico-políticos que pueden enmarcarse bajo este rótulo son variadísimos. Algunos autores han hecho una distinción entre los instrumentos clásicos y otros más novedosos. Lo que AGUNIAS y NEWLAND vienen a identificar con los instrumentos clásicos son: la creación de incentivos para el mantenimiento de lazos con el país de origen, el ofrecimiento de incentivos para el retorno de los inmigrantes permanentes y el establecimiento de estrictos controles y sanciones para prevenir el incumplimiento de los límites impuestos a los residentes temporales(7). Estos instrumentos han probado ser insuficientes para lograr los ambiciosos objetivos de la migración circular, por lo que estos autores proponen otros instrumentos más novedosos: en primer lugar, es necesario favorecer el mantenimiento de vínculos también con el país de acogida (lo cual se adecua más a la realidad transnacional); es necesario también idear programas más flexibles, constituidos por contratos más largos y menos rígidos; la facilitación de los viajes y la re-entrada; la posibilidad de cambiar de empleador; el ofrecimiento de oportunidades para mejorar la preparación de los trabajadores menos cualificados, etc. Asimismo, se han de eliminar obstáculos a la circulación a través de la flexibilización de los derechos de residencia y acceso a la nacionalidad, así como posibilitar la exportación de prestaciones sociales. Generalizando, de la clasificación realizada por AGUNIAS y NEWLAND, podemos deducir que los insuficientes mecanismos «clásicos» de inmigración circular siguen la filosofía de los programas de «Gastarbeiter» centrándose en el retorno del inmigrante, mientras que los «nuevos instrumentos» favorecen una verdadera circularidad en el proceso migratorio, abriendo oportunidades más que cerrándolas, y fomentando la creación y el mantenimiento de vínculos de carácter transnacional.

Por otra parte, a pesar de que la migración circular no es un concepto ni mucho menos nuevo(8), lo novedoso en nuestros días es el reconocimiento por parte de los gobiernos estatales de las prácticas transnacionales de los migrantes(9), y su voluntad de incorporar y aprovechar tales prácticas a la hora de diseñar políticas migratorias. Esto se ha demostrado tanto en iniciativas e informes a nivel universal(10), como a nivel europeo y nacional y de la UE(11). La migración circular se alza, pues, como un conjunto de instrumentos migratorios que pretenden acomodar la realidad política y su configuración jurídica a la existente realidad migratoria, identificada con el paradigma del transnacionalismo(12).

---

(7) AGUNIAS y NEWLAND, *op. cit.*

(8) Algunos ejemplos a prácticas de este tipo en el pasado pueden encontrarse en FARGUES, *op. cit.*

(9) VERTOVEC, S.: «Circular Migration: the way forward in global policy?», *International Migration Institute Working Papers*, University of Oxford, 2007, Paper 4. <www.imi.ox.ac.uk/pdfs/imi-working.../wp4-circular-migration-policy.pdf>.

(10) A modo de ejemplo: Informe de la Global Commission on International Migration del año 2005.

(11) Véase la Comunicación de la Comisión Europea sobre Migración y Desarrollo, COM (2005) 390 final y el Plan de Política de Migración Legal 2005, COM (2005) 669 final.

(12) Para una exposición global del tratamiento científico del transnacionalismo, véase BLANCO F. DE VALDERRAMA, C.: «Transnacionalismo. Emergencia y fundamentos de una nueva perspectiva migratoria», *Papers: Revista de sociología*, núm. 85, 2007, pp. 13-29.

La tendencia generalizada en nuestros días a incorporar prácticas ligadas al concepto de la migración circular en las políticas migratorias viene motivada por su capacidad para ofrecer un modelo que aúne los beneficios de las migraciones internacionales evitando los peligros y perjuicios que para los actores involucrados puedan derivarse. Los beneficios fundamentales que se producen para los países de origen descansan en la interrelación entre migración y desarrollo, fundamentalmente en las remesas —si bien los efectos de las remesas son ciertamente controvertidos[13]—, conjurando al mismo tiempo algunos de los peligros de dicha interrelación, principalmente, tornando el «brain drain» en «brain gain» o «brain circulation», mediante el retorno de personal que ha podido obtener cualificaciones y experiencia en el extranjero[14]. Los países de acogida pueden, a través de la migración circular, cubrir los déficits temporales de mano de obra y controlar el precio de los salarios y, al mismo tiempo, evitar los problemas de integración y cohesión social ligados a la migración permanente, así como ofrecer vías alternativas a la inmigración ilegal[15]. Los individuos pueden beneficiarse de una ordenación de los flujos migratorios que ofrezca más cauces para la inmigración legal.

Los beneficios que la introducción de prácticas de migración circular entrañan para los migrantes son, no obstante, controvertidos, ya que no es siempre seguro que la movilidad traiga consigo progreso socio-económico. En efecto, el éxito de la experiencia migratoria que se realiza de manera temporal no está siempre asegurado, ya que depende de factores diversos tales como la duración de la migración, la clase social, las diferencias entre las áreas de origen y destino, las capacidades adquiridas[16]. Asimismo, es indudable la importancia de la coyuntura social y económica en los países implicados.

En todo caso, la perspectiva individual es la más vulnerable, ya que incluso allí donde las estrategias de migración circular son diseñadas en colaboración con los Estados de origen el individuo sigue quedando al margen del proceso negociador, constituyendo un objeto pasivo de medidas diseñadas atendiendo de manera utilitaria intereses estatales. A este respecto, los peligros de un enfoque de «migración circular» son de diferente naturaleza cuando se adoptan con respecto a personas que ya residen en el Estado de acogida que cuando dicho enfoque se utiliza como mecanismo de reclutamiento.

En este último caso, la adopción de prácticas de migración circular por muchos Estados es identificada con la limitación inicial de la residencia y con figuras específicas, como la de los trabajadores temporeros. No obstante, si bien la utilidad de dichas figuras y el éxito de algunos programas ha sido notable, en nombre de la migración circular, cabe la posibilidad de que este tipo de figuras se configuren jurídicamente de manera que se haga posible la concatenación de periodos de residencia[17], de forma que no se permita la conso-

---

(13) Sobre esta cuestión véase DE HAAS, H.: «International migration, remitances and development: myths and fact», *Global Migration Perspectives* núm. 30, 2005, pp. 1-19. Global Commission on International Migration, <www.gcim.org/attachements/GMP%20No%2030.pdf>.

(14) FARGUES, *op. cit.*

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.*

(17) Un ejemplo de este peligro es la Sentencia del Tribunal Supremo de Chipre de 21 de enero de 2008 (Caso núm. 673/2006), en la que se impide el acceso a la residencia de larga duración a una trabajadora, que, a pesar de que llevaba residiendo en dicho Estado más de 5 años, y tenía un permiso de residencia temporal.

lidación de derechos en el Estado de acogida, con el consiguiente coste en términos de integración social, derechos sociales, reagrupación familiar, acceso a la residencia permanente, acceso a la nacionalidad, etc. De esta forma, bajo los auspicios del concepto de migración circular, se corre el riesgo de que las figuras temporales y precarias se conviertan en la única vía de migración legal. Ello puede también tornar a los migrantes en más vulnerables con respecto a los empleadores(18).

Estas reservas constituyen uno de los mayores desafíos de la exitosa implementación de los modelos de migración circular como instrumentos de gestión del reclutamiento, ya que, en todo caso, la implantación de los instrumentos destinados a potenciar el retorno, a fomentar la movilidad y a fortalecer la vinculación con el país de origen no han de suponer un paso atrás en el arduo camino hacia la consolidación del estatuto jurídico del trabajador migrante, que se ha abierto paso en las distintas instancias internacionales muy a duras penas. Aunque la necesidad de aspirar a un estatuto jurídico caracterizado por una cierta seguridad de la residencia no está contemplada en los convenios más importantes relativos a los trabajadores migrantes(19), ha sido avanzada por algunos instrumentos de la OIT(20). Ha sido en el ámbito del Consejo de Europea donde se han dado los pasos determinantes en este sentido(21), al amparo de los cuales se han producido posteriores desarrollos en el ámbito de la Unión Europea(22). En definitiva, el énfasis en la temporalidad supondría un regreso a modelos superados de trabajadores invitados, cuyo fracaso ha dado precisamente lugar al desarrollo de importantes medidas de protección de la seguridad de la residencia, entre las que destacan el armonizado estatuto de residencia de larga duración en la Unión Europea.

Por otra parte, centrándonos en lo que constituye el objeto del presente trabajo, el mayor peligro que entraña la aplicación de las medidas de migración circular a las personas que ya son residentes en el Estado de acogida es que tales instrumentos estén únicamente destinados a promover el retorno y a extinguir tanto el derecho de residencia como los derechos asociados al estatuto que se disfrutaba. Estas medidas son ampliamente adoptadas por los Estados, fundamentalmente en tiempos de crisis, a través de diferentes estrategias (por ejemplo, la promoción del retorno a través de la capitalización de determinadas pres-

(18) VERTOVEC, *op. cit.*

(19) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990; Convenio 97 de la OIT relativo a los trabajadores migrantes (1949); Convenio 143 de la OIT sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes (1975); Convenio relativo al estatuto del trabajador migrante, 1977 ETS 93.

(20) Con muchas salvedades, véase el punto 51 de la Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955 (R100).

(21) Recomendación (2000) 15 del Comité de Ministros a los Estados miembros concerniente a la seguridad de la residencia de migrantes de larga duración, adoptada por el Comité de Ministros el 13 de septiembre en su reunión núm. 720. En este sentido, la Asamblea parlamentaria ya había emitido una recomendación años antes: Recomendación 1082 (1988) sobre el derecho a la residencia permanente para los trabajadores migrantes y los miembros de su familia, adoptada el 30 de junio de 1988.

(22) En primer lugar se emitió en 1996 la Resolución del Consejo relativa al estatuto de los residentes de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, y posteriormente se ha adoptado la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los residentes de larga duración, DO L 16 de 23-1-2004, p. 44/53.

taciones, o del abono de distintas cantidades monetarias)[23]. Un correcto entendimiento de la migración circular implica que los instrumentos adoptados respeten en todo momento los derechos adquiridos, así como la legitima aspiración de acceder a estatutos de residencia cualificados o incluso, a la nacionalidad. Esto es lo que diferencia el paradigma de la migración circular del modelo de la migración temporal —mas allá de la mera concepción de la migración circular como migración «de temporada»—, la verdadera circularidad de la inmigración ha de residir en el respeto a la voluntariedad de la decisión de retorno, y en su carácter flexible y no definitivo.

III. MIGRACIÓN CIRCULAR Y RETORNO EN LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN COMÚN DE LA UNIÓN EUROPEA

El concepto de la migración circular ha marcado fuertemente su impronta en el marco de la política migratoria de la Unión Europea desde el año 2005, a través de la Comunicación sobre migración y desarrollo[24] y del Plan de política en materia de inmigración legal de la Comisión Europea[25]. En posteriores documentos institucionales, la Unión ha adoptado una definición flexible de migración circular, entendiéndola como «una forma de migración que se gestiona de una manera que hace posible cierto grado de movilidad legal entre dos países en uno y otro sentido»[26].

Desde que la Comisión Europea anunciara su Plan de política en materia de inmigración legal en el año 2005, quedó patente su voluntad de incorporar en la emergente política de inmigración común determinadas prácticas destinadas a favorecer la movilidad entre los países de origen y los Estados miembros, apostando así por la migración circular como uno de los ejes inspiradores del diseño político de las normas comunitarias. Esta opción normativa se ha manifestado de dos maneras diferentes. En primer lugar, se han introducido determinadas disposiciones específicas en las directivas en materia de inmigración legal que promueven la migración circular a través de diferentes estrategias. En segundo lugar, se ha apostado por la migración circular como marco para el desarrollo de una nueva estrategia de la Unión en sus relaciones exteriores con los países de origen, a través de las «asociaciones de movilidad»[27] —instrumentos no vinculantes de carácter complejo, cuya

(23) Para una visión general de los distintos programas de retorno voluntario en distintos Estados, véase: PAJARES, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*, Observatorio Permanente de la Inmigración. Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid. <www.tt.mtin.es/periodico/inmigracion/200906/Informe2009.pdf>.

(24) Comunicación sobre Migración y desarrollo: orientaciones concretas, COM (2005) 390 final.

(25) Plan de política en materia de inmigración legal, COM (2005) 669 final.

(26) Comunicación de la Comisión sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países, COM (2007) 248 final. Sobre el concepto de migración circular propuesto por la Comisión, véase AWAD, Ibrahi: Keynote Speech on «the Concept of Circular Migration as proposed by the European Commission», *Proceedings of the Meeting between Policy Makers and Experts on «Circular Migration: Experiences, Opportunities and Constraints for Southern and Eastern Mediterranean Countries»,* Florencia, 27-28 de enero de 2008. <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/9912>.

(27) Por el momento, la experiencia de las asociaciones de movilidad es muy reducida. En el año 2008 se pusieron en marcha los primeros proyectos piloto con Moldavia, Cabo Verde y Georgia. Declaraciones conjuntas sobre

base es una declaración conjunta a ser firmada por los Estados de origen y por los Estados miembros que decidan participar y cuyo contenido es amplio y variopinto, pretendiendo adaptarse a las particularidades de cada país afectado y de su situación migratoria a través del trazado de perfiles migratorios—. Su limitada implementación no permite extraer conclusiones generales, si bien ya es discernible que uno de los problemas reside en el distinto peso negociador de las partes en cuestión que se plasma en una priorización de objetivos. Ello ha llevado a que incluso estas asociaciones sean definidas como «carrots for those countries that are willing to cooperate in the fight against illegal migration in the interests of the EU»[28].

Centrándonos ya en las medidas internas de la política de inmigración de la UE, existe un delicado compromiso entre la temporalidad y la estabilidad de la residencia, que responde a un complejo reparto de competencias y a diferentes intereses de los Estados miembros. La preeminencia de normas que se ocupan de admisiones temporal y funcionalmente limitadas a nivel europeo responde a la falta de acuerdo en materia de inmigración económica. Así, hasta el momento se regula parcialmente la admisión de estudiantes, escolares, voluntarios y aprendices no remunerados, investigadores y trabajadores altamente cualificados. La noción de la migración circular se encuentra en el corazón de propuestas que están siendo actualmente discutidas en las instituciones europeas, como la propuesta relativa a las condiciones de entrada y residencia de trabajadores temporeros[29]. El efecto correctivo y armonizador que supone la existencia de una norma europea que regule el transcurso desde esos estatutos temporales a la residencia de larga duración queda, no obstante, menoscabado por la exclusión del ámbito de aplicación de muchas de las categorías temporales de residencia del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/109/CE[30].

---

una asociación para la movilidad entre la Unión Europea y la República de Moldova (Documento del Consejo núm. 9460/08 ADD 1), Cabo Verde (Documento del Consejo núm. 9460/08, de 21 de mayo de 2008) y Georgia (Documento del Consejo núm. 16396/09, de 20 de noviembre de 2009). Las conversaciones exploratorias con Senegal no dieron resultados fructíferos. La Comisión declaró en 2007 la intención de sopesar si puede ofrecerse un partenariado de estas características a Ucrania. Comunicación de la Comisión sobre la Aplicación del «Planteamiento global sobre la migración» a las regiones orientales y sudorientales vecinas de la Unión Europea, COM (2007) 247 final. Asimismo, se han abierto conversaciones con Armenia y Ghana. Véase el Informe Anual de Inmigración y Asilo (2010), COM (2011) 291 final.

(28) CARIM, *op. cit.* En efecto, ya se han planteado problemas en la negociación con Senegal por el predominio del contenido «represivo» en las exigencias del compromiso avanzado por la UE. Véase CHOU, Meng-Hsuan: «European Union Migration Strategy towards West Africa: the Origin and Outlook of "Mobility Partnerships" with Cape Verde and Senegal», EUSA *Biennial International Conference Information and Ideas on the European Union*, Los Ángeles, 23-25 de abril de 2009. <http://www.unc.edu/euce/eusa2009/papers.php>.

(29) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo estacional COM (2010) 379.

(30) Ciertos instrumentos comunitarios que hasta ahora armonizan determinados cauces de admisión (investigadores y directiva sobre la reagrupación familiar), si bien establecen el acceso a estatutos temporales de residencia, no excluyen que, tras la renovación de dichas autorizaciones hasta un periodo de 5 años, se acceda al estatuto de residencia de larga duración. Caso diferente es el de los estudiantes admitidos al amparo de la Directiva 2004/114/CE, ya que deberán conseguir cambiar de título de residencia antes de ser considerados elegibles para el estatuto de residencia de larga duración. Ese es el caso también de los trabajadores temporeros, de los trabajadores por cuenta ajena desplazados por prestadores de servicios, de los prestadores de servicios transfronterizos, o de aquellos cuyo permiso de residencia «esté limitado formalmente». Véase el artículo 3 de la Directiva 2003/109/CE.

Ello nos lleva a identificar aquí uno de los elementos clásicos que responden a una concepción conservadora de la migración circular: mantener temporal la inmigración temporal. A ello va unido la preeminencia de medidas restrictivas, traducidas en la proliferación de mecanismos de control para evitar que se sobrepasen los límites de la residencia temporal. El paso es firme en este sentido, apoyado por la creciente tecnificación del control fronterizo y de la política de visados, y por propuestas como la implementación de un sistema automatizado que registre los movimientos de entrada y salida de la UE(31). La clave de bóveda del sistema es la controvertida Directiva de retorno 2008/115/CE, que despliega sus efectos también sobre situaciones de irregularidad sobrevenida, a la cual se ven abocados aquellos que no se sometan a o sobrepasen los criterios limitativos de sus permisos de residencia. A este respecto, la doctrina ha señalado que el establecimiento de regímenes estrictos que permiten controlar el cumplimiento de los límites de la migración temporal y el establecimiento de sanciones, unidos a procedimientos de entrada rígidos, pueden tener como consecuencia lo que precisamente pretenden evitar: que los inmigrantes que entraron como temporales perpetúen su estancia(32), incluso de forma irregular. En general, estas medidas de corte restrictivo perpetúan una concepción clásica que ya ha probado ser infructuosa. Ya es bien conocida la experiencia de los Gastarbeiter: no hay nada más permanente que la inmigración temporal(33).

Junto con estos elementos de corte restrictivo, la migración circular es potenciada a nivel europeo a través de medidas de contenido flexible y garantista. Entre las medidas que constituyen una aplicación «transversal» de la migración circular existen disposiciones destinadas a posibilitar la exportación de determinadas prestaciones sociales(34), y a favorecer el mantenimiento de los vínculos con el país de origen(35). En particular destaca la introducción de distintas disposiciones en las Directivas de la Unión en materia de inmigración legal que favorecen la movilidad entre el Estado de origen y el de acogida en sentido bidireccional —y no únicamente el retorno—, potenciando el mantenimiento de derechos y del permiso de residencia en sí mismo tras ausencias prolongadas. Dichas medidas favorecen el retorno a través de elementos que hacen más fácil o incluso posibilitan la reinmigración a los Estados de la Unión Europea. Ello, sin duda, supone un desarrollo positivo, teniendo

(31) Comisión Europea, Comunicación sobre la Preparación de los próximos pasos en la gestión de fronteras en la Unión Europea, COM (2008) 69 final.

(32) BIECKMANN, F. y MUSKENS, R.: *Circular migration. Creating a virtuous circle*, 2007. <http://www.thebrokeronline.eu/en/articles/Creating-a-virtuous-circle>.

(33) HUGO, G.: *Circular Migration: Keeping Development Rolling?*, 2003. <http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?ID=129>.

(34) Tanto la Directiva sobre el estatuto de residencia de larga duración como la directiva sobre la admisión de investigadores y la Directiva sobre la admisión de trabajadores altamente cualificados establecen la aplicabilidad del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social según el Reglamento 1408/71/CE. Adicionalmente, la Directiva sobre la admisión de trabajadores altamente cualificados establece que «sin perjuicio de los acuerdos bilaterales vigentes, el pago de derechos de pensión por vejez legalmente adquiridos en relación con la renta, según el tipo que se aplique en virtud del Derecho del Estado o Estados miembros deudores, al trasladarse a un tercer país».

(35) Por ejemplo, en el marco del Programa Aeneas. Reglamento (CE) núm. 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas). DO L 80 de 18-3-2004, p. 1.

en cuenta la voluntad de reinmigración de un porcentaje importante de los retornados[36], y el hecho de que la eliminación de medidas formales a la movilidad potencia las preferencias por trayectorias circulares[37]. Habitualmente, los permisos de residencia están gobernados por normativas que penalizan la ausencia del territorio del Estado de acogida, llevando incluso a la pérdida del propio derecho de residencia. Ello dificulta la movilidad de los inmigrantes, y constituye uno de los primeros obstáculos que han de ser eliminados a la hora de poner en marcha políticas de migración circular. Esta situación pretende ser flexibilizada por distintos instrumentos europeos. La Directiva sobre el estatuto de los residentes de larga duración contempla flexibilidad tanto en el cómputo del periodo de 5 años necesario para su obtención[38], como en los períodos de ausencias que pueden conllevar la pérdida del estatuto una vez adquirido[39]. Si bien estas posibilidades han sido amplificadas en la Directiva 2009/50/CE sobre la admisión de trabajadores altamente cualificados[40], no están contempladas en la Directiva 2004/114, destinada a regular la admisión de estudiantes, ni en la Directiva 2005/71, relativa a la admisión de investigadores, la Comisión se ha planteado una futura reforma destinada a «introducir permisos de residencia de múltiple entrada que permitan al titular ausentarse del territorio de la UE durante largos períodos sin perder su derecho de residencia»[41].

Adicionalmente, si a pesar de la movilidad permitida dentro de cada estatuto se llegara a perder el derecho a la residencia en el Estado de acogida, la normativa europea ha introducido otro mecanismo para promover la movilidad, consistente en introducir procedimientos simplificados para la recuperación de la autorización de residencia. Tal procedi-

---

(36) A este respecto, puede verse CASSARINO, J.P. (2007): «Entender los vínculos entre migración de retorno y desarrollo», *V Seminario sobre Inmigración y Europa - La dimensión exterior de las políticas de inmigración en la Unión Europea*, Fundación CIDOB, 2007, <www.cidob.org/ca/content/download/8367/85324/.../07_cassarino_cast.pdf>.

(37) NEWLAND, K.: «Circular Migration and Human Development», *Human Development Research Paper* 2009/42, United Nations Development Programme, <www.migrationpolicy.org/pubs/newland_HDRP_2009.pdf>.

(38) La Directiva admite que los periodos de ausencia del territorio del Estado de acogida no interrumpan el periodo de 5 años que es necesario para la obtención del estatuto, e incluso que dichas ausencias sean tenidas en cuenta dentro de ese periodo cuando sean inferiores a seis meses consecutivos y no excedan de diez meses en total en los 5 años, admitiéndose que los Estados miembros admitan periodos más prolongados, especialmente cuando la ausencia obedezca a motivos laborales. Artículo 4.3 de la Directiva 2003/109/CE.

(39) La Directiva contempla la posibilidad de ausencias que no conlleven la pérdida del estatuto: los residentes de larga duración pueden ausentarse seis años del Estado miembro que les otorgó el estatuto, pero 12 meses del territorio de la Comunidad. Es decir, se permite la movilidad por un mayor período de tiempo entre los Estados miembros en aplicación del Capítulo III de esta misma directiva que regula el derecho a la residencia en otros Estados miembros. La Comisión considera que tales periodos pueden ser insuficientes, y por ello ha señalado que en un futuro podría modificarse la propuesta para que se ampliasen a dos o tres años. Comunicación de la Comisión sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países, COM (2007) 248 final.

(40) Esta norma permite que no se interrumpa el periodo de 5 años para la obtención del estatuto de residencia de larga duración si las ausencias son inferiores a 12 meses consecutivos y no exceden en total de 18 meses. Se permite también acumular los periodos de residencia disfrutados en varios Estados miembros. Asimismo, se establece que los Estados amplíen a 24 meses consecutivos los periodos de ausencias permitidos cuando ya se disfrute del estatuto. Estas excepciones a la regulación general de la residencia de larga duración pueden ser limitadas por los Estados miembros a los casos en los que la ausencia tenga como motivo el ejercicio de una actividad económica como trabajador, voluntariado o estudios en el país de origen.

(41) COM (2007) 248 final.

miento es contemplado por la Directiva sobre el estatuto de residentes de larga duración[42]. De nuevo, la ausencia de tales medidas en las Directivas sobre la admisión de estudiantes e investigadores fue considerada por la Comisión como posible objeto de reforma. Esta posibilidad, según indica la Comisión, ha de plantearse también vinculando diferentes estatutos: es decir, que las personas que ya hayan residido como estudiantes puedan acceder a la residencia como investigadores (o trabajadores altamente cualificados), mediante un procedimiento simplificado. Estas medidas suponen un incipiente y modesto acercamiento al retorno voluntario como componente de una aproximación de migración circular a través de la flexibilización de las posibilidades de reinmigración, y serán de particular importancia en el diseño de medidas nacionales que promuevan el retorno voluntario, como veremos más adelante en relación con la regulación española.

A pesar de la importancia de las medidas señaladas, la orientación de la política de inmigración común hacia el paradigma de la migración circular no ha quedado constitucionalizada como principio rector a través de su plasmación en los Tratados, tras la reforma del Tratado de Lisboa, si bien puede encontrarse entendida como una forma de «gestión eficaz de los flujos migratorios». Por el contrario, otros criterios, tales como el trato equitativo a los inmigrantes, sí que han encontrado una plasmación expresa en la letra del Tratado[43]. Asimismo, el Pacto Europeo de Asilo e Inmigración —plasmación del compromiso político de la UE y sus Estados sobre principios comunes en materia migratoria[44]— no sitúa el concepto de la inmigración circular como un elemento central[45], centrándose en una aproximación mucho más tradicional, basada en la organización de la inmigración legal «teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada estado miembro»[46]. Dicho documento sí que plasma, no obstante, al más alto nivel político, la necesidad de promover la integración de los inmigrantes.

Por ello, en el marco de este panorama constitucional y de las orientaciones políticas al más alto nivel, la política de inmigración de la Unión Europea, si bien ofrece un margen suficiente para dar cabida y privilegiar medidas inspiradas en el paradigma de la migración circular —tanto a nivel europeo como a nivel nacional[47]—, ha de asegurar su engarce con los objetivos del trato equitativo e integración social. Ello es de una importancia fundamental, ya que los principales vehículos del trato equitativo y de la integra-

(42) Artículo 9.3 de la Directiva 2003/109/CE.

(43) Artículo 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(44) CHICO, D. (2011): «Las políticas de la Unión Europea en materia de inmigración durante el semestre de la presidencia española», en AJA, E., ARANGO J. y OLIVER ALONSO, J. (dir.), *Inmigración y crisis económica. Impactos actuales y perspectivas de futuro.* Anuario de la Inmigración en España, edición de 2010, Barcelona, pp. 294-320.

(45) En efecto, únicamente hace mención de este concepto en relación con su utilidad para evitar el «brain drain». Asimismo, se alude a este concepto como uno de los elementos en el despliegue de los instrumentos del Enfoque Global de la Migración, integrando programas de migración circular en las relaciones con terceros países.

(46) Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, adoptado por el Consejo Europeo del 15 y 16 de octubre de 2008, Documento del Consejo 13440/08.

(47) Distintos programas elaborados por los distintos Estados miembros han sido puestos en marcha. Véase el First Annual Report on Immigration and Asylum (2009), SEC (2010) 535 final y COM (2010) 214.

ción social —que impregnan elementos decisivos como la seguridad en los derechos de residencia y en el avance progresivo en la escala de la igualdad en la medida en la que el periodo de residencia es mayor— pueden verse fácilmente contrapuestos a los designios de una perspectiva centrada en el retorno como elemento central de la circularidad de la migración.

En efecto, es en este punto donde las medidas destinadas a favorecer el retorno voluntario de los inmigrantes a los países de origen han de ser examinadas con mayor cuidado. Las medidas de carácter legislativo de la Unión no han establecido a este respecto regulación expresa alguna relativa al retorno voluntario, a diferencia de la gran atención recibida por el retorno forzoso(48). La aproximación de la Unión Europea al retorno sigue inspirada por una visión meramente operacional del mismo y estrechamente ligada a la política de lucha contra la inmigración irregular(49). La orientación de la política migratoria europea, sin embargo, es favorable a dichas medidas. En primer lugar, el mismo Pacto europeo de inmigración y asilo alude al retorno voluntario, si bien únicamente como medida en el marco de la lucha contra la inmigración irregular(50). En segundo lugar, y de forma más relevante, la creación del Fondo Europeo para el Retorno, elaborado en el marco del Programa de «Solidaridad y Gestión de los Flujos migratorios» para el período 2008-2013 da muestra del apoyo institucional europeo a este tipo de medidas de política migratoria desde una perspectiva más amplia, susceptible de abarcar el retorno voluntario «de nacionales de terceros países que no tienen la obligación de abandonar el territorio de los Estados miembros»(51).

Por lo tanto, la regulación del retorno, si bien queda en manos de los Estados miembros, cuenta con apoyo financiero europeo para desarrollar sus políticas, y con la inspiración política de la migración circular adoptada en numerosos documentos institucionales. Ello ha de entenderse, no obstante, siempre en el marco de los principios de trato equitativo e integración, enunciados por el Tratado y por las normas de la Unión en materia de inmigración.

---

(48) Si bien la propia Directiva de retorno distingue entre «retorno voluntario» y «retorno forzoso», la voluntariedad es en todo caso limitada por la existencia de una decisión de salida obligatoria. Por ello no identificamos dicho tipo de retorno con el que aquí se estudia. El «retorno voluntario» de la Directiva de retorno se identifica más bien con la noción de «salida voluntaria». Para una clarificación conceptual, véase CASSARINO, J.-P.: «The EU Return Policy: Premises and Implications», *MI.RE.M, EUI, Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, <http://www.mirem.eu/research/reports/rep1#_ftn1>. Otras clasificaciones hacen hicapié en el apoyo público al retorno, aunando en el marco de la noción de «retorno asistido» medidas que afectan tanto a inmigrantes en situación regular como irregular. Véase: «Programmes and Strategies in the EU Member States fostering Assisted Return to and Reintegration in Third Countries. Synthesis Report», *European Migration Network,* marzo de 2011, <http://www.emn.europa.eu>.

(49) A este respecto, CASSARINO, *op. cit.*

(50) En el apartado destinado a la lucha contra la inmigración irregular del Pacto se invita «a los Estados miembros, en particular con la ayuda de los instrumentos comunitarios, a que se doten de dispositivos de incitación en relación con la ayuda al retorno voluntario y a que se informen mutuamente a este respecto con el fin de prevenir el retorno abusivo a la Unión Europea de las personas que hayan recibido estas ayudas».

(51) Decisión núm. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», DO L 144 de 6-6-2007.

IV. EL RETORNO VOLUNTARIO EN ESPAÑA[52]

En el descrito marco normativo se insertan los esfuerzos por desarrollar en España medidas de fomento del retorno de los inmigrantes que, aunque impulsadas ante un panorama de crisis económica, parecen instalarse en nuestra regulación de manera definitiva. La posibilidad de adoptar «ayudas al retorno voluntario» es contemplada en nuestra legislación desde la reforma de la Ley Orgánica de extranjería de 2003[53]. No obstante, la crisis iniciada en 2008 ha sido la causa que ha promovido la emergencia del retorno voluntario como una herramienta de ajuste a las circunstancias del mercado laboral, intentando apoyar la tendencia de cambio del ciclo migratorio. Así, a finales del año 2008 fue aprobado el Plan de Retorno Voluntario, basado en el abono anticipado y acumulado de la prestación contributiva por desempleo a los inmigrantes que retornen a sus países de origen —si estos tienen un convenio de Seguridad social con España[54]— y contraigan el compromiso de no regresar durante un periodo de 3 años. En el año 2009, la figura del retorno voluntario encontró asimismo cabida de forma limitada en la reforma de la Ley de Extranjería[55], siendo su desarrollo más profuso en el nuevo Reglamento de Extranjería del año 2011. Esta cobertura legislativa y reglamentaria viene a establecer cierto marco con respecto a los programas ya existentes en materia de retorno asistido[56].

A este respecto, ante el reto del diseño normativo de un programa de estas características, existe el indudable peligro de hacer hincapié en el retorno en tiempos de crisis desde una concepción utilitarista de la inmigración. En este ámbito, el marco normativo europeo no aporta una inspiración determinante, ya que en él la figura del retorno voluntario se encuentra desdibujada, suponiendo una alternativa válida como medida de lucha contra la inmigración irregular pero también como válvula de escape para reducir la población inmigrante regular en coyunturas económicas desfavorables, al tiempo que el vínculo estrecho con la noción de migración circular no se encuentra del todo asentado.

Las críticas al énfasis en el retorno como política pública en tiempos de crisis son inevitables desde un punto de vista ético[57]. No obstante, la legitimidad de dichas medi-

---

(52) Nos centramos aquí en el retorno voluntario de carácter general, sin entrar en los regímenes de retorno asistido relativos a menores, víctimas de trata de seres humanos, o de aquellos que colaboren contra redes organizadas.

(53) La Disposición adicional octava de la LOEX establece que «El Gobierno contemplará anualmente la financiación de programas de retorno voluntario de las personas que así lo soliciten y planteen proyectos que supongan su reasentamiento en la sociedad de la que partieron y siempre que los mismos sean de interés para aquella comunidad».

(54) Si bien dicha medida puede ser extendida por el Ministro de Trabajo e Inmigración a nacionales de países sin convenio «siempre que se considere que dichos países cuentan con mecanismos de protección social que garanticen la dispensa de una cobertura adecuada o en atención a otras circunstancias específicas que puedan concurrir en los países de origen o en los solicitantes». Apartado segundo del artículo único del Real Decreto-ley 4/2008.

(55) A través de las menciones correspondientes en las disposiciones destinadas a las salidas obligatorias (artículo 28), a la autorización de residencia y trabajo (artículos 36 y 40).

(56) Para una descripción detallada, véase el informe «Programas y Estrategias referentes al Retorno Asistido y Reintegración en Terceros Países España Informe elaborado por el Punto de Contacto Nacional de España en la Red Europea de Migraciones. Septiembre de 2009. Dichos programas aparecen también descritos en la Resolución de 21 de octubre de 2010, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones para el retorno voluntario de personas inmigrantes (publicada en el BOE núm. 260, de 27 de octubre de 2010).

(57) Para una aproximación crítica VIANA GARCÉS, A.: «La irradiación principalista de la LOEX sobre su Reglamento», en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación*

das queda salvada, al menos desde un punto de vista institucional, en el absoluto respeto al carácter voluntario del mismo, en consideraciones de tipo pragmático e incluso, por el hecho de que el apoyo al retorno puede mejorar las condiciones de aquellos inmigrantes que estuviesen en todo caso ya decididos a regresar a sus países de origen[58]. En particular, la vía abierta en España y el diseño de los instrumentos de retorno voluntario está dotado de algunos elementos positivos.

Ya el Plan de 2008 contiene un elemento de verdadera circularidad al contemplar la posibilidad de reemigración al Estado de acogida —España—, estableciendo que, en un nuevo procedimiento de admisión, los inmigrantes retornados disfrutarán de preferencia para incorporarse al contingente anual[59], y que, de lograr una nueva admisión, serán reintegrados en su situación de residencia a los efectos del cálculo del plazo para obtener la residencia permanente (si bien no de la nacionalidad). Asimismo, de haber sido residentes permanentes en el momento del retorno, una nueva admisión les reinstaurará en la misma cualidad (se entiende, de residentes de larga duración, tras la entrada en vigor de la LO 2/2009).

Esta vinculación positiva del retorno con la migración circular «de vuelta» quedó asimismo plasmada en la Proposición no de Ley con el objeto de regular la inmigración circular y el retorno voluntario[60], y ha pasado a integrar la aproximación tanto legal como reglamentaria al retorno voluntario. El Capítulo X del Título IV del nuevo Reglamento de extranjería —destinado a la residencia temporal— se dedica a regular no tanto la promoción del retorno voluntario, sino sus consecuencias posteriores, bajo la rúbrica de «residencia temporal del extranjero que ha retornado voluntariamente a su país». Los tres artículos que componen este capítulo tienen como objetivo el establecimiento de un régimen relativamente facilitado para el acceso a una nueva autorización de residencia para los retornados que deseen reemigrar. Dichas disposiciones se aplicarán tanto a los extranjeros que hayan retornado acogiéndose a «un programa de retorno voluntario impulsado, financiado o reconocido por la Administración General del Estado» como a aquellos que retornen voluntariamente a su país de origen por su cuenta, aunque el régimen aplicable a ambos no es idéntico[61]. El elemento central que posibilita la aplicación de este régimen

---

de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 39-62.

(58) Para una valoración ponderada de las circunstancias que pueden motivar una decisión de retorno, DURÁN RUIZ, F.J.: «El retorno voluntario y forzado de los migrantes en el contexto de la crisis económica, de la política migratoria común y de la construcción de la Unión Europea», *IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo «Crisis global y estrategias migratorias: hacia la redefinición de las políticas de movilidad»* 18, 19 y 20 de mayo de 2011, FLACSO, Quito, Ecuador. <http://rimd.reduaz.mx/ponencias_flacso/PonenciaFranciscoDuran.pdf>. Para un análisis empírico, véase ILO: *Making migration a development factor: the case of North and West Africa. International Labour Office*. International Institute for Labour Studies, Ginebra, 2010 (particularmente, su Capítulo IV). <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/migration.pdf>.

(59) Artículo 3.2 del Real Decreto 1800/2008.

(60) Que, a la vista de la elaboración del nuevo reglamento de extranjería, proponía que se suspendiese la vigencia de la tarjeta de residencia durante el tiempo en el cual el inmigrante retornase voluntariamente, para que, de volver a tener un contrato de trabajo en España, se reactivase la vigencia de dicha autorización. Proposición no de Ley con el objeto de regular la inmigración circular y el retorno voluntario, presentada por el Grupo Parlamentario Popular y publicada en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 393, de 18 de mayo de 2010.

(61) Artículo 120 RLOEX. Esta distinción ha sido criticada por la doctrina. Véase: VIANA GARCÉS, *op. cit.*

es el cumplimiento del «compromiso de no regreso a territorio español»[62], ya que únicamente tras el trascurso del período por él estipulado podrá presentarse una nueva solicitud de autorización de residencia y trabajo. Incluso de no existir vinculación con programa alguno, o de que el mismo no estipule ningún período, el mínimo en todo caso viene constituido por el plazo de 3 años desde el momento del retorno[63], controlable a través de la entrega de la tarjeta de identidad de extranjero en la representación diplomática o consular española en el país de origen. Incluso en el marco de programas de retorno voluntario que no impliquen renuncia a la residencia en España, o en el caso de retorno al margen de programa alguno, la aplicación de las condiciones más favorables de este capítulo se hacen depender de la renuncia expresa y por escrito a la autorización de residencia. De cumplirse tales requisitos, los beneficios en relación con la nueva solicitud de residencia temporal son tanto de carácter formal como material. Formalmente, se aplicará un procedimiento de tramitación preferente cuya duración máxima habrá de ser de 45 días. De contenido más relevante son las medidas materiales que constituyen una derogación o flexibilización de los procedimientos generales con respecto a las condiciones materiales para la autorización de residencia y trabajo. Con respecto a todas las categorías de «retornados» el Reglamento compromete un *posible* trato favorable en el ámbito del contingente anual[64]. Lo verdaderamente significativo —la no aplicación de la situación nacional de empleo— será aplicable, no obstante, y por imperativo de la Ley de extranjería[65], únicamente para los retornados en el marco de programas de retorno. En todo caso, de lograrse una nueva autorización de residencia temporal, el período de residencia anterior se añadirá al nuevo período de residencia para los efectos del acceso a la residencia de larga duración.

Adicionalmente, el Reglamento prevé asimismo un procedimiento de recuperación de la residencia de larga duración. La Directiva europea sobre el estatuto de los residentes de larga duración establece a este respecto la pérdida de dicho estatuto por la ausencia continuada de la Unión Europea por un período superior a 12 meses: el período de retorno de 3 años lleva por lo tanto a la pérdida de dicho estatuto. A este respecto, es de señalar que, a pesar de que dicha figura se haya armonizada a nivel europeo, nuestro país mantiene —tal y como permite la propia Directiva 2003/109/CE— dos estatutos paralelos (el estatuto de residencia de larga duración y el estatuto de residencia de larga duración UE) con el objeto de conceder este título de residencia cualificada en condiciones más favorables o distintas que las que establece la norma europea. El estatuto de residencia de larga duración «nacional», como precio por el mayor margen de discrecionalidad disfrutado en su otorgamiento,

(62) Artículo 121 RLOEX.

(63) Aunque modificable por Orden ministerial.

(64) El apartado 2 del artículo 122 RLOEX señala que «en el marco de la gestión colectiva de trabajadores en origen, podrán ser presentadas ofertas de carácter nominativo a favor de los extranjeros que se hubieran acogido al programa de retorno voluntario o hubieran regresado a su país al margen de un programa en los términos previstos en este capítulo, siempre que con ello hubieran renunciado a la titularidad de una autorización de residencia temporal y trabajo. Igualmente, los órganos españoles competentes realizarán las actuaciones necesarias para que dichos extranjeros sean preseleccionados en los procedimientos desarrollados en su país de origen a los que concurran, siempre que reúnan los requisitos de capacitación y, en su caso, cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión».

(65) El artículo 40 LOEX, que regula los supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo, se refiere únicamente a «los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario».

no concederá, sin embargo, los derechos de movilidad a otros Estados miembros de la UE previstos por la Directiva.

Este régimen es relevante a lo que al objeto de nuestro estudio respecta, ya que el Reglamento establece dos disposiciones diferentes para la recuperación de la residencia de larga duración, y de la residencia de larga duración-UE. Y únicamente con respecto a la primera señala el Reglamento de forma expresa la posibilidad de recuperación para los extranjeros retornados que cumplan con el plazo de espera. La complejidad de esta solución reside en la inevitable falta de imprevisión por parte de la norma europea de las opciones normativas nacionales y en su inflexibilidad en las condiciones de otorgamiento y retirada del estatuto de residencia de larga duración. El Reglamento da la falsa impresión de querer incluir a los retornados únicamente en la recuperación del estatuto de residencia de larga duración, no mencionándoles expresamente en la recuperación del estatuto de residencia de larga duración-UE. Pero ha de entenderse que a ellos será también aplicable, si cumplen las condiciones estipuladas por el Reglamento a tal efecto. A este respecto, las condiciones para la recuperación del estatuto de residencia de larga duración-UE son mucho más estrictas que para la recuperación de la residencia de larga duración «nacional»[(66)], por lo que la tendencia será optar por la recuperación de este último, quedando desprovisto el estatuto por lo tanto del carácter europeo que los derechos de movilidad le otorgan.

Así pues, el marco reglamentario refuerza los programas de retorno voluntario dotándoles de una cierta congruencia en su aproximación a la migración circular. Estas medidas tienen un carácter determinante, ya que parte del éxito de los programas de retorno voluntario está determinado por la posibilidad de volver a migrar[(67)]. Los elementos positivos de esta regulación continúan los ya avanzados por el Plan de Retorno Voluntario de 2008, añadiendo nuevas ventajas. No obstante, la configuración de los beneficios de trámite de reemigración es más bien limitada. Se hace más hincapié en la rígida aplicación del período de 3 años y en la preeminencia de la obligación de renuncia a la autorización de residencia y trabajo que en los elementos favorecedores de la reemigración —que aparecen en cierto modo como hipotéticos, o muy limitados, sobre todo en el caso de aquellos retornados que no se hayan acogido a un programa de retorno específico—. Lejos estamos aún de una concepción flexible y avanzada de la migración circular, en la cual el mantenimiento de derechos y el

(66) PAJARES, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*. Observatorio Permanente de la Inmigración. Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid., 2010. <http://www.mtin.es/es/publica/noveedit/0038.htm>.

Mientras que para la recuperación del estatuto de residencia de larga duración-UE el artículo 161 del reglamento hace prácticamente aplicables los mismos requisitos que para la primera obtención del mismo, para la recuperación del estatuto «nacional» el artículo 159 únicamente exige el cumplimiento de los requisitos de orden público y salud pública. Tal diferenciación no es en modo alguna impuesta por la Directiva comunitaria, que únicamente estipula que en los casos en los que el estatuto se haya perdido por el motivo de ausencia del territorio de la UE o de los Estados miembros se establecerá «un procedimiento simplificado para la recuperación del estatuto de residencia de larga duración». No obstante, dicho precepto puede interpretarse en sentido estricto, de modo que la simplificación sea únicamente de tipo «procedimental» y no afecte a la aplicación de fondo de las condiciones de adquisición del estatuto señaladas por la Directiva. Ello no es, sin embargo, apoyado por el propio texto de la Directiva, que deja a la legislación nacional la regulación no únicamente del procedimiento, sino de los requisitos para la recuperación del estatuto. Véase el apartado 5 del artículo 9 de la Directiva 2003/109/CE.

(67) A este respecto, véase asimismo SOPEMI, *International Migration Outlook, Annual Report*. OECD, París, 2009. <http://www.oecd.org/document/51/0,3746,en_2649_33931_43009971_1_1_1_1,00.html>.

refuerzo de los vínculos tanto en los Estados de origen como de acogida esté en el centro de aproximaciones que se acerquen progresivamente a la libertad de circulación —escenario en el cual la migración circular es más propicia a ocurrir *de facto*[68]—. Si bien las posibilidades de recuperación del estatuto de residencia de larga duración son muy favorables a este respecto, la aplicación de las mismas se hace a costa de los derechos de movilidad dentro de la Unión Europea, ofreciendo de nuevo una concepción segmentada de la misma como espacio migratorio común. Adicionalmente, existe una notable inseguridad jurídica en relación a las posibilidades de mantenimiento de vínculos con España durante el período en el cual permanece activo el compromiso de no regreso. En efecto, en la regulación de la recuperación del estatuto de residencia de larga duración se señala de manera expresa que «no se entenderá incumplido el compromiso en caso de entradas en España a efectos de estancia de duración no superior a noventa días, salvo en supuestos de permanencia irregular una vez finalizado dicho periodo o, en su caso, la vigencia de las prórrogas de estancia que se hubieran podido conceder». Estando dicha clarificación ausente en las disposiciones relativas a la readquisición de autorizaciones de residencia y trabajo temporales, cabe el riesgo de una interpretación *a contrario* que prive a los retornados de hacer uso de la posibilidad legítima de visitas en el marco de la figura de la estancia. Asimismo, no queda claro si una estancia con motivo de estudios supondría una violación del compromiso de no retorno. Una lectura sistemática del Reglamento, y una interpretación teleológica de la figura del retorno implica que el compromiso de no regreso habrá de entenderse únicamente aplicable al regreso con la intención de ejercer actividades lucrativas[69].

Estas limitaciones de carácter jurídico-sistemático vienen a añadirse a limitaciones estructurales en el diseño de la política de retorno. El esqueleto normativo del retorno voluntario en España, e incluso el Plan de 2008, no son en sí mismos suficientes como instrumentos determinantes de una política de retorno integral[70], no únicamente en términos numéricos[71], sino en términos de asegurar una experiencia de retorno provechosa para los inmigrantes y a los Estados de origen. No en vano, la sostenibilidad del retorno y el apoyo a la reinserción son precisamente carencias identificadas desde la propia Administración[72]. Como indican algunos primeros estudios en relación con el Plan 2008, su alcance es limi-

---

(68) NEWLAND, *op. cit.*

(69) Ello queda corroborado por el modelo de compromiso de no retorno anexado en la Resolución de 21 de octubre de 2010, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones para el retorno voluntario de personas inmigrantes (publicada en el BOE núm. 260, de 27 de octubre de 2010).

(70) La valoración de los efectos del Plan de Retorno Voluntario 2008 es diferente según provenga del Gobierno, que considera un éxito una participación del 10% de los posibles beneficiarios —unos 11.419 participantes a fecha de abril de 2010— y sus críticos. Véase FERRERO-TURRIO, R.: «Migration and Migrants in Spain: After the Bust», en PAPADEMETRIOU, D.G., SUMPTION, M., TERRAZAS, A., *Migration and Immigrants. Two Years after the Financial Collapse: Where Do We Stand?* Washington, DC, Migration Policy Institute, 2010. <www.migrationpolicy.org/pubs/MPI-BBCreport-2010.pdf>.

(71) Los análisis de los factores determinantes del éxito de planes de retorno voluntario abundan desde una perspectiva económica. Para una aproximación a las posibles causas determinantes del fracaso o éxito del Plan de Retorno 2008, puede verse DE ARCE BORDA, R.: «El impacto económico de la inmigración en España, 2000-2009: antes y después de la crisis», *ICE, Retos Económicos derivados de la Inmigración Económica en España* núm. 854, 2010, pp. 23-35.

(72) Véase al respecto: *Programas y Estrategias referentes al Retorno Asistido y Reintegración en Terceros Países España.* Informe elaborado por el Punto de Contacto Nacional de España en la Red Europea de Migraciones. septiembre de 2009.

tado —aunque no despreciable si se compara con el limitado uso del Programa de Retorno Voluntario de Inmigrantes desde España[73]—, ya que son necesarias medidas complementarias destinadas a la formación de los migrantes, a apoyar la reinstalación en el país de origen, la transición educativa de los hijos, etc., y es necesario reforzar la perspectiva de la generación de empleo en el país de origen[74]. La falta de identificación de objetivos y prioridades de carácter general —más allá del mero retorno de los inmigrantes— en los cuales enmarcar el Plan del 2008 es también una crítica no insignificante[75].

A pesar de las posibilidades de mejora en la implementación de los programas existentes y futuros, ha de señalarse que el protagonismo mediático del retorno y su firme entrada en el panorama normativo español no debe, sin embargo, llevar a engaño. La realidad del retorno es, en perspectiva comparada, modesta. El regreso voluntario es limitado y selectivo[76], y depende más de las condiciones del país de origen que de las del de acogida. A modo de ejemplo, los limitados resultados obtenidos hasta el momento por el Plan de retorno de 2008 refuerzan la conclusión del impacto modesto de la medida más allá de aquellos casos en los que los inmigrantes hubieran decidido el retorno de cualquier forma[77]. A pesar de la dureza del impacto de la crisis económica en la población migrante, ello no ha supuesto una contracción significativa de su volumen[78].

Por ello las herramientas político-jurídicas no han de percibirse en modo alguno como enfocadas a producir efectos masivos, sino a apoyar decisiones voluntarias e individuales en una coyuntura de cambio de ciclo económico[79]. En el marco de una concepción de migración circular, el diseño de políticas públicas favorecedoras del retorno no ha de dejar de lado la perspectiva del desarrollo humano, maximizando las posibilidades de elección individual[80]. Los programas de retorno han de abrir vías, no cerrarlas, han de demostrar

---

(73) Puesto en marcha desde el año 2003 por el entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de un convenio con la OIM, y consistente en una asistencia de tipo informativo y burocrático, así como en la aportación de dinero de bolsillo, costeo de los billetes de viaje, y otras posibilidades de ayuda económica. Dicha asistencia se recibe también en contrapartida a un compromiso de no vuelta a España en un período de tres años para realizar actividades lucrativas. Para más información y formularios: <http://www.iommadrid.es/index.php/retorno-voluntario>.

(74) PLEWA, P.: «Voluntary Return Programmes: Could they Assuage the effects of the Economic Crisis?», *Centre on Migration, Policy and Society Working Paper* núm. 75, University of Oxford, 2009. <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/14117>.

(75) CEAR: *La situación de las personas refugiadas en España, Informe 2009*. <http://www.cear.es/?page_id=56>.

(76) MARTÍNEZ PIZARRO, J., REBOIRAS FINARDI, L. y CONTRUCCI M.S.: «Los derechos concedidos: crisis económica mundial y migración internacional», *Serie Población y Desarrollo* 89, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población de la CEPAL, Santiago de Chile, diciembre de 2009. <http://www.eclac.org>.

(77) PLEWA, *op. cit.*

(78) AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J.: «La persistencia de la crisis», en AJA, E., ARANGO J. y OLIVER ALONSO, J. (dir.), *Inmigración y crisis económica. Impactos actuales y perspectivas de futuro.* Anuario de la Inmigración en España, edición de 2010, Barcelona, pp. 12-20.

(79) Algunos autores ponen de relieve la introducción del Plan de Retorno 2008, y las modificaciones a este respecto introducidas por la LO 2/2009 muestran una transformación restrictiva en la política migratoria española, tendente únicamente a fomentar la migración circular: Véase: PABÓN LÓPEZ, M. y DAVIS, R.A., «Immigration Law Spanish- Style II: A Study of Spain's Voluntary Immigrant Return Plan and Circular Migration». <http://works.bepress.com/maria_lopez/3>.

(80) En este sentido resulta significativo el trabajo de NEWLAND, *op. cit.*

flexibilidad y tomar en cuenta la dimensión humana de la migración. Al fin y al cabo, la experiencia del retorno no ha de ser indulgentemente contemplada como una dulce vuelta a casa, sino que constituye un fenómeno complejo que dará lugar a nuevas experiencias de ajuste y dificultad que acompañarán la reinstalación y la reinserción, y que pueden abocar de nuevo a la legítima opción de la reemigración. A este respecto, estimamos adecuada la descripción hecha por parte del Foro para la Integración de los Inmigrantes, que considera que una política de retorno no está destinada a «influir en la decisión de retornar o no retornar de los migrantes y por tanto no es una política diseñada para incentivar o desincentivar el retorno de éstos, sino para acompañar, en su caso, la decisión voluntaria de retorno para que sea lo más sostenible y positiva posible tanto para el migrante, como para la familia migratoria, el país de origen y de destino»[81].

V. CONCLUSIÓN

La migración circular ha de consistir en un conjunto de posibilidades y medidas ofrecidas por los Estados para facilitar y fomentar la movilidad de una manera positiva, es decir, eliminando las trabas y los perjuicios que la movilidad tradicionalmente podía ocasionar en los sistemas migratorios tradicionales, que en muchas ocasiones contradicen este principio. La correcta aplicación de las prácticas de migración circular a las realidades migratorias actuales, caracterizadas por su carácter transnacional, depende de la flexibilidad, la apertura, el respeto de los derechos adquiridos y la humanización de las condiciones de la movilidad.

La política migratoria de la Unión Europea, si bien no contiene una regulación completa del retorno voluntario de personas en situación regular, sí ofrece un apoyo financiero a tales medidas llevadas a cabo por los Estados miembros. Ello supone una apoyo directo a este tipo de políticas, las cuales no por ello pueden sustraerse del respeto a principios constitucionalizados por el Tratado de Lisboa, tales como el trato equitativo a los inmigrantes, u otros principios plasmados al más alto nivel político, como el de la integración social de los inmigrantes.

A este respecto, el diseño de políticas de retorno voluntario queda en manos de los Estados miembros, que disponen de un amplio margen de discrecionalidad. No obstante, es necesario que las medidas nacionales que fomenten el retorno como respuesta a exigencias económicas coyunturales se produzcan en un marco jurídico que asegure el respeto más estricto al verdadero carácter voluntario de la decisión de retorno. Adicionalmente, consideraciones ancladas en los principios antes mencionados, enseñanzas derivadas de experiencias pasadas y estudios empíricos, y una concepción de la política migratoria ligada al desarrollo humano, abogan por políticas que establezcan confianza en posibilidades futuras de reinmigración y de recuperación y mantenimiento de derechos adquiridos.

Esta orientación aparece únicamente de forma tímida en el derecho de la Unión Europea. Si bien las normas sobre inmigración legal europeas contienen algunas disposiciones

(81) Véase el Informe sobre la situación de la integración social de los inmigrantes y refugiados en 2010, Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, en particular el capítulo destinado al «Impacto de las medidas de Retorno», disponible en <http://extranjeros.mtin.es/es/ForoIntegracion/2010-2013/informes/>.

concretas que establecen soluciones relativamente flexibles en materia facilitación y promoción de la movilidad entre los Estados de acogida y origen, dichas medidas son muy limitadas. Las medidas adoptadas por el Estado español a este respecto apuntan también hacia esta dirección, si bien estimamos que el nivel de exigencia a los inmigrantes en términos de renuncia a su estatuto no queda compensada por las posibilidades de movilidad futura abiertas por el nuevo Reglamento de extranjería.

II. MENORES QUE MIGRAN SOLOS E INFRACCIÓN EN ARAGÓN

CHABIER GIMENO MONTERDE
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Menores que migran solos e infracción en Aragón

Los menores que migran solos plantean retos complejos a las políticas de control migratorio y a las de protección de la infancia. Uno de ellos es la intervención con aquellos jóvenes infractores que son tutelados por las administraciones autonómicas.

En la investigación sobre la presencia de estos menores en Aragón, la infracción y las dinámicas propias de la justicia juvenil han sido una parte recurrente en los discursos de los técnicos de acogida y en los de los menores. A esta información cualitativa hemos podido sumar los datos sobre menores que han tenido abiertos expedientes por infracción en la Fiscalía de Menores durante 2010.

Las primeras conclusiones de nuestro estudio indican que los menores infractores son un grupo significativo de los tutelados de ese año (aunque pocos de ellos eran reincidentes, y éstos acumulan la mayoría de las infracciones); y que esto arrastra el discurso de la Administración.

Palabras clave: Migración irregular, menores migrantes, protección de menores, infracción, justicia juvenil.

ABSTRACT

Minors who migrate alone and offense in Aragon

Children who migrate alone pose complex challenges to immigration control policies and to the child protection ones. One of them is the intervention with those young offenders who are protected by the regional administrations.

In research on the presence of these children in Aragon, the offense and the dynamics of juvenile justice have been a recurring part in the speeches of reception technicians and in the minors ones. To this qualitative information we have added the data on children who have had open infringement procedures in the Juvenile Court in 2010.

The first conclusions of our study indicate that juvenile offenders are a significant group of wards of the year (although few of them were reoffenders, and they accumulate most of the offenses); and this carries the speech of the Administration.

Key words: Irregular migration, migrant children, child protection, offense, juvenile justice.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. METODOLOGÍA.

III. INFRACCIONES DE MENORES SOLOS EN 2010.

IV. INFRACCIÓN EN MENORES SOLOS.

1. Orígenes de la infracción.

2. Itinerarios paralelos hacia el éxito. El valor del dinero.

3. Intervención a través de la acogida.
4. Intervención a través del sistema judicial.

V. INFRACCIÓN EN JÓVENES EX-TUTELADOS.

VI. INFRACCIÓN Y PROYECTOS MIGRATORIOS.

1. Éxito y fracaso.
2. La reforma como acogida.

VII. CONCLUSIONES.

VIII. REFERENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

> «Esto para ti, para que sabes lo que pasa en los centros de menores, mucha gente no sabe, estos vienen a robar, por qué» (M12, menor no acompañado infractor).

Los menores que migran solos, como nuevos actores migratorios, plantean retos complejos tanto a las políticas de control de los flujos migratorios como a las de protección de la infancia. Uno de ellos es la intervención desde el Trabajo Social con aquellos jóvenes infractores que son tutelados por las administraciones autonómicas.

Partiendo del análisis cualitativo de las notas procedentes de la observación en mi puesto de trabajo en una entidad social local, actualmente estamos estudiando desde la Universidad de Zaragoza la presencia de estos menores en Aragón, una comunidad autónoma con baja densidad de población, entre el año 2000 y diciembre del 2010.

La investigación ha incluido entrevistas a técnicos de la Administración pública local, a responsables de las entidades privadas, a trabajadores contratados por éstas, a actores secundarios como forenses o policía estatal, así como a los propios menores. Accediendo a la base de datos del Sistema de Información de Menores de Aragón (SIMA) del gobierno autónomo hemos obtenido información demográfica y administrativa, que se está tratando estadísticamente en la actualidad. La observación en los centros de acogida o de formación y en los espacios urbanos donde acuden o concurren estos menores han completado el trabajo de campo.

Una breve descripción de los primeros resultados nos permite hablar de un colectivo de adolescentes, entre 15 y 17 años de edad, procedentes del Magreb en un 78,5% y del África Occidental en un 17,4%. De entre ellos apenas un 4,4% son niñas.

Dentro de esta investigación, la infracción y las dinámicas propias de la justicia juvenil han sido una parte recurrente en los discursos de los técnicos de acogida y en los de los menores tutelados y ex-tutelados. Esto nos ha llevado a plantearnos el análisis de las políticas migratorias aplicadas en Aragón a los menores que migran solos, y de la influencia de éstas sobre la comisión de ilícitos penales por los mismos. Creemos que existe una

relación entre protección y reforma, dentro del ámbito del Trabajo Social con menores, por lo que hemos comenzado a diseñar algunas líneas de trabajo que actualmente continuamos explorando[1].

II. METODOLOGÍA

Los datos principales de la investigación en curso proceden del Sistema de Información de Menores de Aragón (SIMA) del gobierno aragonés[2]. De él hemos obtenido un listado anónimo con la edad, sexo y nacionalidad de los menores tutelados en Aragón entre enero de 2000 y diciembre de 2010 con el perfil de menores que migran solos. A estas tres variables se añaden otras como fecha de inicio del expediente de tutela, fecha de final del mismo (si procede), notificante de la llegada del menor y motivo del archivo del expediente.

Estos datos dejan fuera del estudio a los menores que migran sin recurrir al sistema de protección de menores aragonés. Éstos son objeto de otro apartado de la investigación, aunque la información recogida mediante entrevistas y observación señalan que se trata de un colectivo muy distinto al de los tutelados y con relaciones con el sistema judicial muy diferentes, basadas en su invisibilidad, voluntaria o forzosa.

Para conocer el comportamiento de los menores tutelados en el ámbito jurídico de la infracción penal se ha tomado como referencia un año tipo. Por lo sugerido desde el Equipo de Medio Abierto[3] de Zaragoza, el año 2010 presentaba las características apropiadas para ese análisis.

Contrastando el listado de infracciones que pasaron por el EMA ese año y el de menores solos tutelados durante el mismo, se obtuvo la relación de infracciones en las que basamos este artículo.

Además del tratamiento de los datos, se han realizado entrevistas[4] a técnicos del EMA, en el centro de internamiento de menores de Aragón (Juslibol, Zaragoza) y a una fiscal de menores de Zaragoza[5] y se han tomado en cuenta los datos referentes a infracciones jurídicas de menores que han aparecido en las entrevistas realizadas a otros técnicos de la administración autonómica o de entidades sociales y a los propios menores. Una parte de estos últimos eran infractores.

---

(1) Mi agradecimiento por su colaboración: al Equipo de Medio Abierto (EMA, del Instituto Aragonés de Servicios Sociales - IASS), a la Fiscalía de Menores de Zaragoza, a la dirección del Centro de Educación e Internamiento por Medida Judicial de Juslibol (CEIMJ), al GRUME y a la Brigada de Extranjería de Zaragoza y a los menores y profesionales de entidades que me han dado su visión sobre esta faceta de la migración de menores solos. Gracias también a Chabier Crespo por sus aportaciones jurídicas.

(2) El conjunto de la investigación, incluido su apartado sobre menores infractores, ha sido posible por la colaboración del Servicio de Prevención y Protección a la Infancia y Adolescencia del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).

(3) Sección del IASS responsable del seguimiento de los menores en conflicto social.

(4) Las entrevistas a técnicos y otros profesionales se reseñan como P1, P2, etc. Las entrevistas a menores, como M1, M2, etc.

(5) La ciudad de Zaragoza concentra el 52% de la población aragonesa, así como el 92% de los menores solos tutelados.

Con las entrevistas y la observación (tanto en mi puesto de trabajo como en espacios y actividades donde concurren estos menores) hemos accedido a los discursos sobre la infracción que pueden explicar lo que los datos cuantitativos esbozan.

III. INFRACCIONES DE MENORES SOLOS EN 2010

El volumen total de expedientes de menores que migran solos tutelados en Aragón la primera década del siglo es de 298. Se trata de una cantidad poco significativa dentro del volumen de menores llegados al resto del Estado, pero suficientemente alta como para desbordar las instalaciones de acogida autonómicas en torno al año 2006 y 2007.

> «Tuvimos que habilitar centros de protección de menores específicamente para acoger a estos chicos, porque aumentó el número de una manera alarmante (...) no cabían en el COA»[6] (P1).

En todo caso, Aragón no ha sido un destino previsto en la migración de los menores, sino una alternativa a la situación de saturación o desprotección que marcaba a las Comunidades próximas, como Cataluña y País Vasco.

> «Aragón es una comunidad de paso, ... de paso a Cataluña, al País Vasco» (P1).

Teniendo en cuenta este contexto de los flujos migratorios de menores solos, la investigación ha determinado que en Aragón, durante el año 2010, se inició la tutela de 23 menores no acompañados. De manera que a 31 de diciembre habían sido tutelados durante el año 63 de estos menores.

De ellos, a 21 jóvenes se les abrió durante 2010 un expediente en el EMA por infracciones sujetas a la legislación penal para menores, aunque sólo en dos casos se trataba de menores con tutela iniciada durante el año (gráfico 1).

Los otros cinco infractores detectados en la investigación habían cesado la tutela en el momento de abrirse el expediente por la infracción (año 2010), aunque ésta se cometió durante su minoría de edad[7].

De los 26 menores infractores estudiados, 11 fueron **reincidentes** en 2010 (gráfico 2): dos eran reincidentes y ex-tutelados en el último expediente abierto en el EMA ese año, pero no en los anteriores; y otros dos eran reincidentes y mayores de edad en el momento del inicio del primer expediente.

(6) Centro de Observación y Acogida, primer recurso de acceso al sistema de protección de menores en Zaragoza.

(7) En los cinco casos los jóvenes alcanzaron la mayoría de edad el año 2009. El proceso judicial derivó en que su expediente del EMA tenga fecha administrativa posterior a su fecha de fin de tutela.

GRÁFICO 1. MENORES NO ACOMPAÑADOS TUTELADOS E INFRACTORES

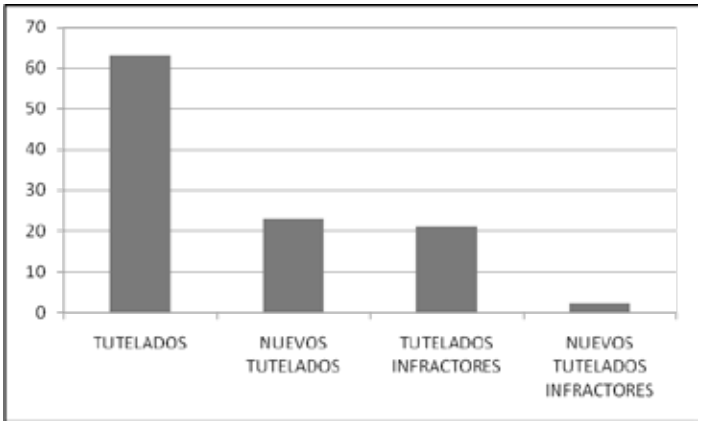
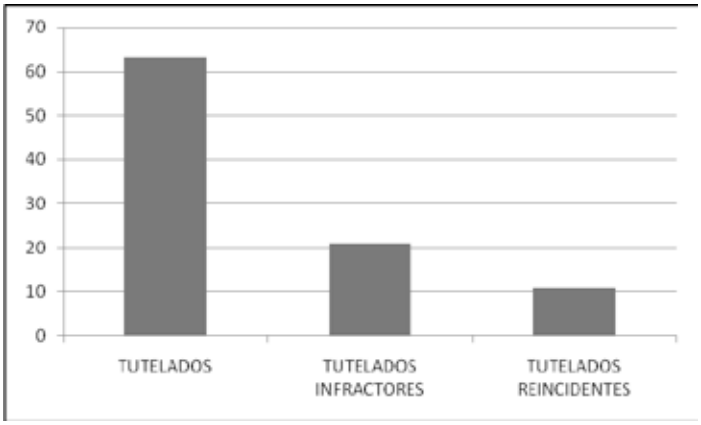


GRÁFICO 2. MENORES NO ACOMPAÑADOS TUTELADOS, INFRACTORES Y REINCIDENTES



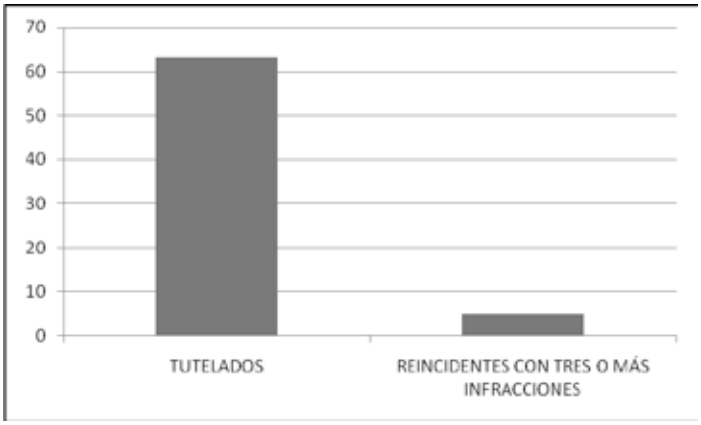
De las 50 infracciones estudiadas[8], 35 correspondían a jóvenes a los que se había abierto un nuevo expediente por infracción en el mismo año. Uno había cometido siete infracciones y otros dos fueron sancionados en cinco y cuatro ocasiones respectivamente. El resto acumulan tres o dos infracciones anuales (gráfico 3).

Esta sobrecarga de infracciones en pocos sujetos está relacionada con la adscripción de una característica (la tendencia a la infracción) al colectivo de tutelados ese año, basada en el comportamiento de pocos individuos[9]. En ello incidiremos posteriormente.

(8) El Grupo de Menores (GRUME) de la Policía española en Zaragoza había reseñado, verbalmente, una cifra de 56 infracciones. Sus datos, con todo, eran similares a los obtenidos del EMA, de donde se han obtenido en formato documental. Para 2011 (hasta junio), el GRUME había registrado 518 infracciones en total, entre las que detectó a 22 menores no acompañados.

(9) Las infracciones con expediente abierto en el EMA en 2010 se elevaban a 762, según la documentación a la que accedió la investigación. Las 50 que implican a menores solos suponen un 6,56% del total. En algunos ámbitos,

GRÁFICO 3. MENORES NO ACOMPAÑADOS TUTELADOS Y REINCIDENTES (EN TRES O MÁS OCASIONES)



En todos los casos de infractores son jóvenes varones[10].

Proceden del Magreb mayoritariamente (Marruecos, 22 infractores y Argelia, 2), habiendo este año también un rumano y un menor de Guinea Ecuatorial. Los menores del este europeo distan mucho del perfil del resto de los tutelados, al estar sujetos, generalmente, a un «mal acompañamiento» (QUIROGA, 2010: 154).

> «Marruecos y Argelia normalmente. Rumanos hubo una época que se dieron muchos» (P26).

La fecha del primer expediente de infracción en 2010 marca edades entre los 16 (5 menores) y los 17 años (11 menores), aunque se dan seis casos de primeros expedientes abiertos a los 18 años y dos infractores que tenían 13 años en el momento de abrirse el expediente. Coinciden, por tanto, con la distribución de la edad de los menores solos tutelados durante ese año (tabla 1).

TABLA 1. EDADES DE LOS MENORES SOLOS QUE INICIAN TUTELA EN 2010

edad	12	13	14	15	16	17	total
casos	1	1	3	0	6	2	23
%	4,3%	4,3%	13%	0%	26%	52%	100%

como las medidas de internamiento, existe igualmente una percepción de que «ha crecido el número de extranjeros, ha descendido número de nativos ... más de origen extranjero que nacionales, los dos o tres años últimos ... la mitad de los de origen extranjero son o han sido MENAs [menor extranjero no acompañado]» (P23).

(10) Del total de tutelados en estos diez años, sólo un 4,4% eran mujeres, una cifra significativamente baja. Aunque en 2010 el porcentaje de expedientes de tutela iniciados a jóvenes solas fue un 13%.

> «Muchos entran [al sistema de judicial] con 17 o 17 y pico, y acaban como adultos, es muy habitual» (P23).

En cuanto a las consecuencias jurídicas de las infracciones, éstas se distribuyen entre reparaciones extrajudiciales y medidas judiciales(11).

Las reparaciones, tendentes a evitar el cumplimiento de medidas judicializadas(12), y que se basan en la realización de tareas que compensen el daño causado, se han dado en 14 ocasiones.

> «Reconciliación ... pedir disculpas y se les pone un programa educativo, que hagan algo en el centro» (P27).
>
> «Alguno que pase de todo [no cumpliendo la reparación], se devuelve a fiscalía y sigue adelante a juicio [medida judicial]» (P27).

En cuanto a las 36 medidas judiciales aplicadas al resto de las infracciones, existe una pluralidad en las mismas (tabla 2):

TABLA 2. MEDIDAS JUDICIALES A LOS MENORES SOLOS (EXPEDIENTES 2010)

Libertad Vigilada (LV)	9
Internamiento Régimen Cerrado (IRC)	2
IRC + LV	3
Permanencia Fin de Semana	4
Prestación en Beneficio de la Comunidad (PBC)	13
LV cautelar	1
IRC+LV+PBC	2
Internamiento Régimen Semiabierto (IRS)	2
IRS+LV	1

Los datos de medidas ejecutadas en la provincia de Zaragoza en 2010 son muy similares en cuanto al tipo preponderante (libertad vigilada y servicios o prestaciones en beneficio de la comunidad)(13), por lo que no hay diferencia con el resto de menores infractores.

---

(11) Sobre estas herramientas jurídicas de tratamiento de la infracción, hay información disponible en <http://iass.aragon.es/menores/menores_atencion.htm>.

(12) Los programas de conciliación-reparación consisten en «proporcionar los medios y las vías de actuación necesarias para llevar a cabo la resolución de conflictos entre el menor denunciado y la parte perjudicada, ante acciones consideradas como delitos menos graves o faltas según viene tipificado en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (...) Teniendo en cuenta principalmente el interés del menor y del perjudicado y basando su actuación en el principio de oportunidad, ofrece una alternativa desjudicializadora de solución del conflicto existente entre ambas partes, llegando en este caso al sobreseimiento del expediente y la no continuación por la vía judicial, a condición de que se alcance una conciliación entre el menor implicado y la víctima». Información disponible en <http://www.jccm.es/web/index/programa1212676084970pl/1212678111337.html>.

(13) Los datos para el conjunto de las infracciones estás disponibles en <http://iass.aragon.es/adjuntos/menores/CuestionarioJusticia2010.pdf>.

La duración de estas medidas tampoco sigue un patrón definido que sea significativo para el caso de los menores no acompañados, pudiendo variar desde las horas en las que se miden las prestaciones en beneficio de la comunidad hasta los meses de internamiento.

En cuanto a la tipología de los delitos y faltas cometidos, éstos se distribuyen de forma similar entre robos y hurtos por un lado, y lesiones, amenazas o maltrato por otro, existiendo algunos casos aislados de otras infracciones más diversas (tabla 3).

TABLA 3. ILÍCITOS PENALES COMETIDOS POR MENORES QUE MIGRAN SOLOS (EXPEDIENTES 2010)

Robo	14
Hurto	5
Lesiones	10
Amenazas	5
Maltrato	4
Agresión sexual, atentado, daños, resistencia a agente de la autoridad, estafa, vejaciones	1

Hay paridad entre faltas y delitos, destacando por su número los robos y las lesiones[14].

> «Los que están en centros recurren al tironeo, a los robos con violencia o intimidación en grupo, por ejemplo de móviles a otros menores» (P34).

IV. INFRACCIÓN EN MENORES SOLOS

Una vez explorado el perfil numérico del menor no acompañado infractor en 2010 es preciso analizar cualitativamente el origen de estas infracciones, así como la influencia de los dispositivos de protección y de las intervenciones judiciales en la evolución personal de los menores no acompañados.

En primer lugar volvemos a señalar la diametral diferencia entre los menores tutelados y aquellos que no son detectados por los sistemas de protección. En la investigación no se ha entrevistado a menores vinculados a grupos o clanes familiares del Este de Europa, pero se ha contado con abundante información sobre algunos menores que han eludido la protección pasando por adultos.

En este caso, los menores hacen suyas las estrategias de supervivencia de los adultos en situación administrativa irregular, y recorren igualmente sus circuitos de clandestinidad y exclusión. Dentro de ellos, en muchas ocasiones, entra el robo, la prostitución, el trabajo agrícola muy mal pagado, etc.

(14) Para el conjunto del Estado, los datos estadísticos son muy similares también en este caso, según el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores (datos disponibles en <http://www.ine.es/prensa/np675.pdf)>.

> «¿Cómo lo pago? [la cama compartida en una habitación[15]], buscándome la vida … a veces como decía Y. [robando], a veces encuentras algo, … pero un trabajo no» (M5).

1. Orígenes de la infracción

Sin embargo, la mayoría de los menores entrevistados, reflejando los datos del IASS, han sido detectados y tutelados.

Entre ellos, los propios menores sitúan las actitudes y acciones de una parte de los menores que viajan sin un proyecto migratorio claramente definido, y que se dejan llevar por un inmediatismo en el que, entre otras estrategias, entra también la infracción.

> «Depende cada uno de qué viene para hacer ... hay uno que viene para su familia para que se busca la vida, hay uno que viene para hacerse delincuente, alguien que viene para ser honesto, ... alguien que viene para hacer algo malo ... Hay alguien que no tiene ni familia ni nada, que quiere morir, que tiene problemas, ... hay alguien que no le importa papeles ni nada ... cada uno como busca» (M3).

El mismo grupo de menores, visto desde los profesionales (de protección o de reforma), son considerados como portadores desde su tierra de origen de una pesada «mochila» donde entran los problemas familiares, la vida en la calle, la violencia, etc[16].

> «Algunos de familias disfuncionales, algunos abandonados en su país, pero también salud mental, tóxicos [pegamento]» (P1).
>
> «Algunos de estos chicos han pasado por instituciones penales, o así, en Marruecos. Lo notamos por marcas, lo que cuentan» (P23).

Es en ese marco, que puede rozar a veces el *eurocentrismo*, donde se enmarca el discurso sobre la agresividad como *hecho cultural* de algunos menores, especialmente los magrebís.

> «Sobre todo peleas, son muy agresivos. Por el callejeo,… es otra cultura... en la relación normal interviene más la violencia que en nuestra cultura, entre los jóvenes. Aquí los jóvenes han desarrollado otras habilidades ante el conflicto. Estos son más primitivos» (P1).

Sin embargo, este discurso no es homogéneo, pues tiene su contrapunto en las referencias a la instrumentalidad de la violencia como rechazo a lo institucional, y más concretamente a algunas formas de *lo instituido*.

---

(15) Joven marroquí no detectado por el Sistema de Protección porque migró siendo menor con documentación de adulto comprada en su país.

(16) El término «mochila» para referirse al bagaje negativo de los menores en su país de origen es común en todos los ámbitos profesionales con los que entran en contacto estos jóvenes. Se trata de una parte del *idiolecto* que atraviesa las fronteras autonómicas y llega a los diferentes educadores, insertores, maestros, antropólogos, etc., que intervienen sobre esta migración.

> «Por qué la agresividad y en qué ámbitos: contra la administración, … hay casos de menores violentos con muy buen comportamiento en otros recursos: educativos, etc.» (P2).

En cualquier caso, donde sí se coincide ampliamente entre los profesionales es en la complejidad de una migración que, en numerosas ocasiones, genera problemas de salud mental, o bien viene acompañada de ellos, o bien actúa como acelerador y activador de condiciones previas que coadyuvan al trastorno o a la enfermedad mental. Para gran parte de los entrevistados, este factor está muy relacionado con la infracción.

> «Hay muchos que van a clase, aprenden un oficio, … vienen aquí a buscarse la vida, en el buen sentido de la palabra. Los que delinquen están asociados a problemas de salud mental, o a mucho callejeo en sus países de origen. A nivel emocional, no sólo económico» (P1).

> «Este es el extremo, muy difícil de trabajar, por los componentes culturales, no quieren ver un psicólogo, … estoy embrujado, … en su país había comportamientos extraños … además de los consumos de pegamentos, o simultáneos» (P23).

En este caso, la dificultad mayor a la hora de intervenir no está en los problemas del menor, sino en las carencias del sistema de protección en el ámbito de la salud mental (BRAVO, 2005: 24).

> «En salud mental es como con los nacionales, los recursos para menores están contados con los dedos de la mano» (P27).

De hecho, quizá la fatiga de la compasión, tan bien descrita por Richard SENNET (2003: 152), acaba deteriorando la capacidad de incidir en las patologías con las herramientas de Trabajo Social existentes.

> «Ellos el tema este lo perciben mal … ir a terapia para no consumir aún lo aguantan, pero la salud mental … no estoy loco … está mal visto por ellos ... pero bueno, es una forma de escapar de su realidad ... los inhalantes es lo más asequible para ellos [si llegan de Marruecos de la calle] ... pero la mayoría son de la calle y con hábitos de consumo, … y es una forma de relacionarse entre ellos» (P27).

2. Itinerarios paralelos hacia el éxito. El valor del dinero

Si bien el origen de la infracción varía según la percepción del menor o del técnico, quienes más perplejidad muestran ante esta convivencia entre protección e infracción son los profesionales:

> «¿Por qué no aprovechan la oportunidad?» (P33).

Se trata, sin duda, de una incapacidad para verse como actores en una tensión indesligable entre lo instituido y lo no instituible. En otros textos (GIMENO, 2010: 63) ya hemos descrito la existencia de un itinerario de doble vía en la trayectoria migratoria de los menores solos. Un itinerario en el que discurren en paralelo la institucionalización y la desinstitucionalización o, mejor, aquello que, dentro de la migración de los menores, se aleja de la institucionalización. Los menores entran y salen constantemente de ambas vías.

Si bien algunos estudios conciben la tutela autonómica como la única vía para acceder al cumplimiento del proyecto migratorio, nuestra investigación y otros estudios (RODRÍGUEZ, 2008) permiten que ampliemos el abanico de posibilidades al margen de la tutela: la desinstitucionalización activa más clara serían las fugas de los menores de los centros de acogida, y la pasiva (protagonizada por el Estado) la dilación en la regularización de los menores acogidos o la propia no detección de los menores clandestinos. En este arco de posibilidades, la infracción es un paso al margen de la protección, que bien se da bajo el paraguas de ésta...

> Pregunta: «¿se puede tener una vida "no correcta" y cumplir los horarios y normas del centro?». Respuesta: «igual, igual, igual» (P10).

... o bien se da como confrontación ante esta:

> «Son bienes de consumo, quiero las zapatillas, el móvil, el dinero para comprarme canutos, … no fuentes de supervivencia ... por cubrir necesidades básicas nunca nos llegan. Con la propina del COA no me llega y…» (P23).

Esto es, los menores contraponen al itinerario individual estandarizado de la protección, que plantea una homogeneidad de resultados («menor que llega regularizado, formado y empleado a los 18 años»), una heterogeneidad de procedimientos, que subyace en ocasiones a la protección, y en otras se acaba destapando y siendo detectada como infracción (GIMENO, 2011).

> «Otros entendemos que empezaron a prostituirse, como menores [mientras estaban acogidos en el centro]» (P10).

3. Intervención a través de la acogida

¿Cómo se intenta hacer uniforme lo *intratable*, lo *indefinible* (BERGUA, 2007)? El primer paso para abordar la llegada de los menores solos dentro del sistema de protección de menores en Aragón es la selección en términos *biopolíticos* (AGAMBEN, 1998). Aquellos menores que pasan el filtro del Centro de Observación y Acogida deben haber permanecido en él sin fugarse, sin tener conflictos relevantes con otros menores o los educadores, ni cometer robos u otras infracciones fuera del centro. Los que permanecen en el COA[17] y no se encuadran en este grupo, son derivados a centros de acogida donde coinciden con más jóvenes similares.

> «Conflictos de drogas, de alcohol, de robar, de asaltar a la gente por la calle … nos los traían y les daba igual, sabían más los derechos ellos que nosotros … hubo uno que lo coge la policía nacional y dice "fíjate qué bien, me traen en taxi"» (P10).

(17) Algunos años las fugas de este centro han sido muy numerosas y protagonizadas mayoritariamente por menores magrebís y rumanos, según citan diversos informes del Justicia de Aragón. Esta circunstancia forma parte de la *autoselección*, o quizá de la inadecuación del recurso a las necesidades de los menores, según usemos un criterio *biopolítico* o humanista para observarla.

La concurrencia en un mismo centro de menores que alternan la vía de la acogida y la infracción, a modo de *guetización*, conlleva mayor probabilidad de reincidir en esta. En concreto, en Aragón los problemas más graves de convivencia dentro y fuera de los centros se han concentrado en las residencias (sobre 15 plazas), frente a los pisos (hasta 8 plazas).

> «De pisos tutelados menos, porque ya se ha hecho una mejor selección de perfil ... generalmente son de centro residencial [residencia], con menor individualización del perfil ... cuando estaba San José, era muy típico San José, hemos tenido montones» (P23).

Como ya se reseñaba en el apartado cuantitativo, se ha observado que unos pocos multi-reincidentes cargan de significación negativa al resto de los tutelados. En ocasiones en el discurso de los técnicos, pero, lo que es más peligroso por su capacidad de socializar el temor, también en la prensa local[18].

¿Qué papel ha jugado la administración autonómica en este caso? La derivación de menores más «conflictivos» a algunas residencias concretas ha desbordado la gestión de éstas por entidades privadas, y ha generado en los menores una expectativa previa de éxito o fracaso. La acción o inacción pública, en este caso, no ha sido inocua.

> «Problemas de conducta muy gordos ... y denuncias … te obligaba a presentar denuncias en la guardia civil constantemente ... la DGA [gobierno aragonés] ... no se involucraba lo suficiente … para darte respuesta a la problemática diaria que había … Te destrozaban la casa … las habitaciones destrozadas, armarios … aplicar disciplina no podías, porque nos presentaban a nosotros denuncias en el Gobierno de Aragón, los chavales ... nos mandaban los que querían ellos … los colocaban conflictivos, claro» (P10).

> «Yo no quiero ir a San José, ... chicos de problemas, todos los educadores [del COA] lo sabían ... mucho tiempo libre ... pero cuando sales fuera puedes hacer problemas, puedes robar» (M4).

El segundo factor que gira en torno a la infracción en el sistema de protección es el relacionado con la consecución de la regularización del menor, especialmente en lo que los menores denominan «documentación» (NIE, pasaporte, etc.).

Continuando el análisis *biopolítico* anterior, ha surgido en las entrevistas, tanto con técnicos como con menores, una relación clara entre «comportamiento» y consecución de la regularización. Unas veces referido como *colaboración del menor*[19], otras como *antecedentes*[20]. La relación, en cualquier caso, parece directa.

---

(18) Véase *Heraldo de Aragón* (9-5-2007): «El atasco del centro de acogida obliga a doblar la estancia de algunos menores», donde se habla de «más episodios de violencia con la llegada de algunos menores de otros países», y en concreto de que «(...) sus costumbres son otras y, por la vida que han llevado, no están preparados para estar en estos centros. Inhalan pegamento (...) y los vuelve muy violentos y hay agresiones. Algunos toman medicación que les dan en psiquiatría, que luego mezclan con alcohol. Debería haber otro tipo de recurso para ellos».

(19) Este lenguaje técnico ha sido asumido en los informes del Justicia de Aragón: «[en reforma] se ha agilizado al máximo el proceso de regularización de los menores, supeditado al tiempo que se requiere para su identificación y que depende fundamentalmente del grado de colaboración del menor, así como de las autoridades del país de origen» (Justicia, 2007: 32).

(20) Véase el apartado posterior sobre ex-tutelados.

> «Los que tienen mejores conductas tienen menos problemas para obtener la documentación ... los que tienen delitos, tienen más problemas para conseguirla. Primero son los delitos, y luego la documentación, no al revés. No me serviría esa excusa ... cualquier chaval que tiene buena actitud en el centro se le facilita obtener la documentación. Pero incluso los que están en el reformatorio, se va a Barcelona a buscar sus papeles ... por parte de la institución hay una dedicación y un intento por conseguir los papeles siempre ... cuando no se consiguen es porque el chaval no lo facilita … o por su actitud muy violenta, y entonces dices "pues ya vale"» (P1).

Dentro de esa colaboración el apoyo fundamental que precisa el sistema de protección (y el de reforma) es la identidad del menor. Tanto porque realmente sea menor (y se determine médica o documentalmente) como porque realmente sea quien dice ser. En estos casos, las dinámicas de la clandestinidad pueden «perjudicar» o «beneficiar» al menor, según lo alejen o acerquen a su estatus de *menor regularizable*.

> «Tus derechos como ciudadano se basan en que seas alguien concreto, y como eso no lo conseguimos, es en un círculo vicioso» (P23).
>
> «Hay también mucho de ocultamiento, muchas veces sus datos son otros … seguramente son adultos, y nos lo han dicho, que son otras personas, y que tienen otras edades ... han pasado por otros centros, con otros nombres, incluso reforma» (P23).
>
> «Pasaportes con edades diferentes … se les comunica al juzgado, y se aplicó lo que más le beneficiaba ... tenemos clarísimo que tenemos chavales que son mayores de edad, … tenemos chavales que son de 20 tantos, seguro, marroquíes» (P23).

Y el tercer factor de inclusión/exclusión en la acogida es el acceso a los recursos de emancipación. El Programa de Emancipación Personal o PEP[21] apoya a los jóvenes extutelados mayores de edad, y en este caso la *bioselección* opera alejando de estos recursos para nuevos adultos a los jóvenes que han infringido la ley como menores. El caso más claro es el de aquellos que han pasado por un centro de internamiento durante su tutela, pero se extiende también a los infractores de menor gravedad.

> «Salir de Juslibol [centro de internamiento] con la medida cumplida, a piso o residencia, ... al PEP suele ser muy extraño ... entre los criterios es una adecuación a la vida … alguien que ha tenido … tenemos una seria dificultad, estos chavales son los últimos a la cola de tener ese tipo de recursos ... si cuando terminan son menores, vuelven a un recurso de protección … el número de plazas es limitado, criterio, un porcentaje de éxitos en su trayectoria ... hay coordinadores [técnicos del IASS] que lo intentan, otros está más complicado … si hay que elegir, la sociedad elige ... si son mayores, a través de [entidad] se puso en marcha un piso de emancipación, externo al centro, para mayores de 18, con medida de libertad vigilada, sin referentes familiares ... son menas un 90 y tantos por ciento» (P23).

4. Intervención a través del sistema judicial

La influencia de las intervenciones judiciales en el desarrollo de la institucionalización de la migración clandestina de menores varía según el tipo de infracción, la relación subjetiva

(21) Información sobre el PEP aragonés disponible en <http://iass.aragon.es/menores/menores_apoyo.htm>.

que establece el menor con el sistema jurídico-policial o el grado de las medidas que se le aplican, teniendo el internamiento o la repatriación como extremo.

Las infracciones pueden darse fuera o dentro del centro de acogida. Fuera las más comunes, ya cuantificadas, coinciden con los discursos recogidos.

> «(...) móvil, pequeñas cantidades de dinero, incluso quitarles ropa» (P26).
>
> «Los delitos contra la propiedad son para conseguir dinero para consumir tóxicos (alcohol, disolvente) o para comprar objetos de consumo [consumismo]» (P39).

En los centros, las más comunes son las agresiones a educadores o entre menores.

> «[Agresiones a educadores] empiezan por insultos, por amenazas, … más que nada son forcejeos» (P26).
>
> «Se lo dije, si lo dices, ahí ya no estás en el trabajo, ahí te voy a cortar la lengua ... Se asustó y se lo dijo a la coordinadora [del Sistema de Protección]» (M1).
>
> «Imáginate, tú estás menor ... puedes insultar, puedes hacer algo malo ... hay educadores buenos y malos. Yo estoy bueno con los buenos, malo con los malos ... Por una cosa pequeñita ... hay educadores que "no, no, no", vas a gritar y vas a tener problema, todo es por culpa del educador, ... no es normal» (M4).

En cuanto a los alrededores de los centros, aunque los menores expresan que coinciden en algunos centros con zonas de posibles conflictos, los técnicos no lo sitúan como un problema actual.

> «En los alrededores de [centros] hubo problemas de infracciones, pero la presencia policial hizo que cesaran. El GRUME o la policía actúan en estos casos sólo si hay una llamada, no de forma preventiva» (P33).

En cualquier caso, los menores son conscientes de que las infracciones en los centros tienen la misma repercusión que las que se comenten en el exterior. El matiz está en la inevitabilidad de la convivencia entre posibles *víctimas* y *agresores*.

> «Los que portan mal [en el Centro de Observación y Acogida], luego ya mal futuro ... Tendrán ayuda pero menos que porta bien ... Te dan de todo ... tienes que portarte bien ... Hay gente que no hace caso a los educadores ... otros directamente al "refor" ... hay gente que pasa de todo, no le interesa nada, le da todo igual ... la mayoría drogan, no saben lo que hacen ... han juntado con gente que no saben nada de él ... puede estar enganchado y te lleva de él» (M8).

Y es que los menores establecen una relación *afectiva*, tanto con el sistema de protección como con el de reforma. La subjetividad de la vivencia de su migración es determinante en la reacción ante la acción *correctora* de su conducta. En la lógica de la heterogeneidad frente a lo instituido, los menores tienen relaciones muy diversas con lo judicial.

> «Se asustan cuando entra la fiscalía» (P27).

> «Exigiendo unas Nike, en una entrevista al fiscal» (P1).
>
> «Conocen muy bien la ley, qué cae por cada cosa» (P31).

Con todo, predomina el cumplimiento de las medidas. Quizá ligado a una relación establecida implícitamente entre protección y reforma, que después ampliaremos.

Y también, quizá, por la no identificación penal de la medida, tras una trayectoria migratoria donde la policía, como icono de lo legal, ha actuado de forma mucho más violenta para sus proyectos.

> Cuaderno de campo del autor (9-6-2011): «La policía marroquí si te dice sal y sales, no pasa nada, si no sales, te dan. Otras veces no había salido y le habían dado [menor no tutelado que intentaba llegar bajo camiones y autobuses desde Tánger].
>
> «La mayoría cumplen las reparaciones ... en el centro la medida suele ser que hagan algo de actividad en el centro ... [robos] se intenta que lo paguen ellos de su paga ... que acudan a actividades educativas, y que las cumplan» (P26).

De hecho, el incumplimiento de las medidas coincide con la continuación de su trayecto (mediante fuga del centro de acogida) o con la participación en actividades con otros menores en la misma situación de riesgo, algo que es determinado por la Administración antes que por el menor.

> «Si están en el COA de paso, y hay mucha movilidad geográfica, cuando quieres iniciar la medida el chaval se te ha ido de la comunidad autónoma» (P27).
>
> «Los chavales que sacamos a formar [como medida] porque no tienen documentación y mandamos a [centro], por ejemplo, es un desastre, porque siempre acaban con el cannabis, o se nos pierden tres días» (P23).

Con todo, la mayor inadecuación a los proyectos migratorios de los menores se da en las medidas de internamiento. El conocido como «refor» (centro de internamiento en Juslibol) es un icono juvenil en los centros de acogida, que afecta a numerosos tutelados, acompañados y no.

> «Nosotros vamos después de protección. El 40-50% de los chavales vienen de protección. Son chavales que han estado en riesgo y el riesgo ha acabado en que han delinquido ... los chavales que vienen aquí están en los límites de la exclusión, si tienen apoyos sociales no acaban en centros de reforma» (P23).

Pero entre los menores solos el peso discursivo del «refor» es, en ocasiones, de una dimensión muy superior a lo manifestado por los técnicos. Es, para unos, la puerta a la repatriación, y para todos la caída fuera del sistema de protección, y no de una forma difusa, sino clara y conocida universalmente.

> «Peor centro de Zaragoza, San José y luego [centro], ... ha batido récord, mucha gente ha subido al "refor"» (M12).

> «Lo que hicieron es bajar a uno, del "refor" a [centro] ... Y empezaron los follones ... pasaba noches fuera, con más gente de la residencia mismo, ... con españoles que fumaban drogas, y disolvente» (M10).

El diagnóstico es común a los técnicos. El centro de internamiento es el fracaso en la trayectoria migratoria de los menores. Las infracciones que lo anteceden son graves, el internamiento profundiza en el aislamiento y suele coincidir con la reincidencia y el deterioro físico y psíquico del menor no acompañado.

> «Internamiento... agresiones serias, robos con violencia … pocos pero hay ... son mucho más agresivos, más consumos de pegamentos y así» (P1).
>
> «Son chavales que están muy solos aquí ... hemos intentado cosas pero no han cuajado ninguna» (P23).
>
> «Internamiento por incumplimiento de libertad vigilada, por no cumplir plan o por nuevas infracciones ... no acuden a citas con educador, no van a clase, no van al centro de tratamiento por cannabis, se fugan del centro de acogida, … reiteradamente» (P23).
>
> «Siempre varones, magrebís, ... reincidentes, casi siempre, el 70% que ingresan en Juslibol han tenido medidas previas, con MENAs también» (P23).

El otro contrapeso a la protección es la repatriación. En los datos del IASS no aparecen como tales, pero en los informes consultados (Justicia de Aragón) y en las entrevistas han aparecido como amenaza latente y como práctica residual en los primeros años del siglo.

> «Aunque tengan muchas infracciones no se pueden repatriar, pues en su país no hay centros para menores ni se puede contar con la familia ... Las repatriaciones aquí no se hacen efectivas» (P39).
>
> «El miedo a la repatriación. Yo he visto aquí dos repatriaciones de mayores de edad, en la historia del centro... cuando aparece alguien de gobierno civil para iniciar un procedimiento, se produce aquí un revuelo … no tienen nada que perder, es una bomba de relojería» (P23).

¿Es la infracción un salvoconducto que evitaría estas herramientas *bioselectivas*? Después insistiremos en ello.

> «Saben que a más delitos, es más difícil expulsar, porque hay que pedir autorización a diferentes juzgados» (P34).

V. INFRACCIÓN EN JÓVENES EX-TUTELADOS

Como ya hemos señalado, la biopolítica aplicada a los menores solos comienza con la *selección por «autocandidatura»* que se da en el centro de primera acogida. El comportamiento dentro de los parámetros de idoneidad da salida a un piso tutelado. El comportamiento contrario a esos parámetros, a una residencia donde el índice de fracaso es mayor.

De la misma forma, al llegar a los 18 años, con la mayoría de edad el mismo proceso de selección entra en funcionamiento para acceder a los recursos de emancipación (PEP, en Aragón).

Quienes no acceden al PEP, según lo recogido en las entrevistas a técnicos y menores, cuentan mayoritariamente con un perfil próximo a la infracción o afectado directamente por ésta.

> «En [centro] estaba muy medicado. Había consumido disolventes. A los 18 se quedó en la calle y sin autorización de residencia» (P31).

Pero su característica más reseñable en cuanto migrantes es que, y aquí Administración y menores no coinciden, una vez llegada la mayoría de edad la situación administrativa cae de nuevo en la irregularidad.

Si bien los menores ex-tutelados podrían contar con una recomendación del IASS para acceder a un permiso de residencia temporal[(22)], el discurso de los menores hace referencia, unánimemente, a la llegada a la edad adulta como nuevos inmigrantes irregulares o «sin papeles» para un número significativo de los que no participan en el PEP.

La opción para conseguir autónomamente esta regularización es tener una oferta de trabajo (en un contexto económico de paro juvenil masivo). Mas hemos registrado casos también, algunos muy recientes, de menores que sólo reciben la autorización de residencia sin opción a trabajar, y pierden ésta en la siguiente renovación por no haber trabajado.

En cualquier caso, los ex-tutelados, con sus heterogéneas trayectorias, coinciden en que la ausencia de regularización es la antesala al delito como adultos. Esto genera dinámicas de temor, movilidad a otros Estados, solidaridad, etc.

> «Yo tengo amigos que están en la calle, yo los meto a duchar [en su piso PEP] ... han estado en el albergue ... olían mal ... he compartido mi cama ... había uno que se llamaba O. que no portaba bien y no le han dado piso [al cumplir los 18] y le han dado Conde Aranda [zona de tráfico de drogas], tirarse por ahí ... Yo me portaba muy bien» (M1).

> «Hay alguien que estaba en la calle, hay alguien que estaba durmiendo en el río, han ido a pedir dinero a la mezquita y se han ido ... porque aquí no tenían papeles ni nada» (M3).

Los técnicos del sistema judicial que trabajan con los ex-tutelados confirman las dificultades para reconducir la situación administrativa de irregularidad y de superar las barreras de la empleabilidad en jóvenes con un perfil tan desfavorable para el mercado de trabajo.

> «Lo primero es que tengan un sitio donde vivir o con amigos que viven en pisos compartidos, intentamos buscar, pero se agobian mucho» (P27).

---

(22) La «recomendación» forma parte también de la iconografía jurídica de los menores tutelados y ex-tutelados, que achacan al IASS el cese en su expedición hace algunos años ya, lo que habría limitado en la práctica la regularización como nuevos adultos a los participantes en el PEP.

> «Llega al EMA el día que cumplía los 18. Estaba en la calle, su coordinador [técnico del IASS] le había gestionado El Refugio [centro para personas sin hogar], no le gustó y se fue. Luego llaman del albergue que está allí» (P25).

Mientras algunos técnicos vinculan esta situación de nueva clandestinidad a la trayectoria infractora anterior, los menores, subvirtiendo en ocasiones ese discurso, achacan su nuevo *modus vivendi* delictivo a la no concesión de la regularización.

> «Tienes que esperar tres años más sin papeles. Ahora quiero esperar, pero estoy ilegal y tengo expulsión de cinco años. Por qué, por coordinadora. Así vas a meterte en problemas. No puedes trabajar, no puedes renovar, no puedes estar ilegal... Tienes que buscar la vida como busca toda la gente (robar, trapichear) … Cuando no trabajas, vas meterte en problemas. Por qué; culpa del centro. Con permiso puedo buscar mi vida. Con tarjeta caducada no puedes entrar en empresa. Si te para la policía ... puedes dar otro nombre, no enseño ninguna tarjeta. Han sabido que antes estaba tutelado, te dicen que vas a robar, ¿cómo no voy a robar? (M4).

El cambio radical entre tutela y regularidad administrativa y la nueva situación de irregularidad es una ecuación que todos saben desarrollar.

> «Los educadores se encargan de todo, compran ropa, pero cuando cumples 18, quién te va a comprar, ¿el gobierno?, te juro que si no sudas, te van a meter el marrón bien hecho. Pero ... la verdad, ... uno ya se ha ido a Marruecos [al salir del centro de internamiento] ... si no hay trabajo ... drogas y eso, qué, si te pilla la policía, qué» (M1).

> «Hay gente que a los 18 años los echan ... no tienen papeles ... es cuando bajan al Casco [zona de tráfico de drogas]... al final acaban en problemas, robos y eso ... quieren cambiar de país ... Cuando ya están hasta el gorro de problemas, porque saben que les siguen juicios, pues ... no queda otra solución que marcharse (M10).

Las trayectorias migratorias, por tanto, no suelen detenerse donde el arraigo administrativo ha fracasado. Como nuevos clandestinos, se buscan otras nuevas oportunidades, normalmente al otro lado de los Pirineos. Los antiguos tutelados con trayectorias conflictivas desaparecen.

> «A algunos se les pierde la pista totalmente, es fácil que cambien de ciudad, incluso a Europa» (P26).

Algunos técnicos reconocen praxis policiales y administrativas de clara discrecionalidad, y los menores señalan la dilación como desinstitucionalización pasiva también para los nuevos adultos. El cierre del círculo, en definitiva.

> «No tienen antecedentes como menores, pero en Delegación del Gobierno lo conocen» (P39).

> «Hay muchos y muchos que han salido sin papeles ... Yo he ido sólo a pedir un justificante ... no me lo querían dar ... donde pone que estabas tutelado ... [La recomendación] tampoco me la dan, [por qué?] no lo sé ... siempre que he tenido algún problema ha sido pequeño ...» (M3).

VI. INFRACCIÓN Y PROYECTOS MIGRATORIOS

1. Éxito y fracaso

La infracción, dentro de la trayectoria migratoria, supone un vacío en el relato de la misma hacia el origen, ya que los menores suelen ocultar su situación.

> «Al Casco [zona de delincuencia] no iba, lo tenía en mi cabeza … voy a empezar a vender, a robar, mi familia me está esperando con algo en la mano, no darles pena» (M12).
>
> «Porque ocultan que están aquí dentro. Dicen que están en un centro de protección, no de reforma» (P23).

Es un momento de crisis y estrés migratorio muy evidente. La vergüenza o la necesidad de detenerse y reorganizar su precario proyecto vital se conjugan con el Trabajo Social vinculado a los sistemas judiciales y de reforma, que afecta de manera más holística a los recientes ex-tutelados. En ocasiones, los técnicos asumen o vaticinan con antelación la deriva del joven hacia la exclusión o el éxodo, fruto de la experiencia acumulada.

> «Cuando un chaval del África negra comete una infracción, la propia familia [extensa] lo empuja a que vaya al "refor", hay un sentimiento fuerte de vergüenza» (P26).
>
> «[Fugas] los rumanos sí, en tiempos … concretamente los magrebís se intentan quedar aquí, para ellos volver a su país [sin nada] les supone una vergüenza» (P26).
>
> «[Trabajar] el objetivo lo mantienen, pero la realidad … pienso que han salido de sus países con una información muy engañosa, lo que se encuentran aquí es una realidad … totalmente distinta a lo que han esperado o les han informado ... tienen mucha presión interna, porque tengo que llamar a casa y no pueden saber que me han detenido ... significa admitir una derrota» (P27).

2. La reforma como acogida

Frente a esta realidad, en la que el Trabajo Social de base judicial formaría parte de la *bioselección* como frontera interior, colaborando en el control de flujos migratorios de menores solos, la investigación se ha planteado una nueva hipótesis de trabajo. Fruto de los discursos de los menores y técnicos, ¿podemos entrever que la reforma está ligada como consecuencia y vía subsidiaria a la protección? ¿Es posible que, como estrategia o como deriva, los menores se planteen lo punitivo como una opción de acogida institucional?

La documentación recogida parecía indicar que era una opción posible. Las entrevistas también.

> «No se debería promover una vía de obtención a medio o largo plazo del permiso de trabajo que supusiera un comportamiento previo asocial, por llamarle de algún modo, es decir, la posible concesión de un permiso de trabajo por estar en libertad vigilada o internamiento» (respuesta del IASS al Justicia de Aragón, en su Informe sobre la situación de los menores en Aragón de 2007, p. 39).
>
> «No distinguen entre protección y reforma en algunas ocasiones» (P23).

> «Al haber su coordinador [técnico de acogida] más el educador del EMA [técnico judicial], se les hace un lío la cabeza» (P27).
>
> «[Pregunta sobre la salida de reforma sin recursos de apoyo] ¿Para evitarlo? [Respuesta] «Cometen otro delito, es lo que suele ocurrir» (P23).

El pulso entre orden y desorden en la migración de menores no acompañados es una constante. Las instituciones de protección y reforma han tardado años en cerrar la puerta de entrada a la fortaleza europea (GIMENO, 2010: 67), perplejos en ocasiones[23] ante la metaestabilidad de un flujo migratorio que fue nuevo y ahora, por el momento, se cree haber atenuado.

VII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, la investigación en curso señala como posibilidad plausible que las Comunidades Autónomas, a través de los servicios de protección de menores, colaboren implícitamente en el control de flujos migratorios de menores. Su función *biopolítica* consistiría en cerrar las puertas a Europa al espesar el filtro previo a las tutelas por desamparo de los menores solos, siendo el Trabajo Social su herramienta.

La infracción, en ese marco, sería la consecuencia implícita de un objetivo explícito, el control de las fronteras (GIMENO, 2011). Los menores que no superan los filtros tienen en la infracción una vía de buscarse la vida fuera de la protección. Y los que la ejercen dentro de ésta, anticipan así su llegada a la mayoría de edad sin regularizar su situación.

Finalmente, aunque la percepción desde la Administración es que los menores han aceptado que han perdido el *pulso* con el Trabajo Social...

> «Los últimos años llegan más adaptados a la sociedad, al discurso, a las instituciones, los últimos» (P23).

... la capacidad de subversión del Orden por los menores se plasma en nuevos desbordamientos de éste mediante la posible reformulación de la reforma como protección. Una nueva fase que las ciencias sociales podemos intuir, pero apenas describir.

VIII. REFERENCIAS

AGAMBEN, G. (1998): *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia. Pre-textos.

ÁLVAREZ, L. *et alter* (2007): «Tendencia al delito de los menores desamparados. Un estudio criminológico en la provincia de Pontevedra». Boletín electrónico *Noticias Jurídicas*. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200701-45456545461287.html>.

(23) El propio Justicia de Aragón recoge en su *Informe sobre la situación de los menores en Aragón* de 2008 (p. 16) otra de estas reacciones ante las estrategias migratorias infanto-juveniles: «apareciendo cada vez más menores inmigrantes marroquíes teóricamente no acompañados pero de los que se sospecha que sí lo están, que si bien sus padres permanecen en Marruecos aquí tienen familia (tíos, hermanos mayores…) y dada la imposibilidad de reagruparse, utilizan este recurso para la atención y cuidado de los menores y, a ser posible, su regularización, pervirtiendo así el sistema de protección».

BERGUA, J.A. (2007): *Lo social instituyente. Materiales para una sociología no clásica*. Zaragoza. Prensas Universitarias.

BRAVO, R.M. (2005): «La situación de los menores no acompañados en España». En *Conferencia Regional sobre «Las migraciones de los menores no acompañados» (Consejo de Europa)*. Málaga.

GIMENO, Ch. (2010): «Menores extranjeros no acompañados: una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 25.

— (2011) «El orden y la gente: los menores migrantes no acompañados», en Giménez, S. y García, A. (coord.): *Innovaciones en la sociedad del riesgo*. Asociación Castellano Manchega de Sociología.

LEGUINA, M. *et alter* (2007): *Los Menores Extranjeros No Acompañados de origen marroquí: factores de riesgo y análisis criminológico*. Instituto Vasco de Criminología. Disponible en <http://www.icam.es/docs/ficheros/200607250008_6_2.pdf>.

MARKEZ, I. y PASTOR, F. (2009): «Drogodependencia en menores extranjeros no acompañados (MENA): su derecho a una educación y salud de calidad». Disponible en <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-2312/es/contenidos/informacion/publicaciones_ovd_inf_txostena/es_9033/adjuntos/2-Drogo%20menores%20CAST.pdf>.

QUIROGA, V. (dir.) (2010): *Sueños de bolsillo. Menores migrantes no acompañados/as en España*. Barcelona. Unicef. Disponible en <http://www.unicef.es/node/8565>.

RODRÍGUEZ, A. (2008): «Reacciones y relaciones de menores y jóvenes marroquíes ante la protección y la exclusión». En *E-migrinter*, núm. 2. Universidad de Poitiers. Disponible en <http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/e-migrinter/200802/emigrinter2008_02_153.pdf>.

SENNET, R. (2003): *El respeto*. Barcelona. Anagrama.

III. LA *VIS EXPANSIVA* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ASIMETRÍA EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

Mgt. Mónica Valcárcel Bustos

Máster en Migraciones, Conflictos y Cohesión Social por la Universidad de Deusto y profesora de postgrado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (Perú)

Dr. José Ignacio Cubero Marcos

Doctor en Derecho y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco UPV/EHU

RESUMEN

La *vis expansiva* de los derechos fundamentales y la asimetría en el reconocimiento de los derechos de las personas extranjeras

El estudio parte del presupuesto de que existe asimetría en el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes, lo cual dificulta su integración en la Unión Europea y España. Para verificar la hipótesis, se examinan los instrumentos europeos que determinan que la política de integración y reconocimiento de derechos está dirigida únicamente a favor de los inmigrantes legales. La normativa española, desde el plano constitucional y la propia legislación de extranjería, diferencia los derechos de nacionales y extranjeros, estableciendo otra categorización para estos últimos, en función de la situación administrativa en la que se encuentren. Finalmente, en el caso español se concluye que existen avances en el reconocimiento de más derechos en igualdad de condiciones para todas las personas, sin embargo, se acredita que aún existen derechos asimétricos, tales como el derecho al trabajo y a la salud, que dificultan la integración de los inmigrantes en las sociedades de acogida.

Palabras clave: Inmigrantes, derechos, asimetría, igualdad, integración.

ABSTRACT

***Vis expansiva* of fundamental rights and asymmetry on the recognition of foreigner's rights**

The study starts from the hypothesis of it exists asymmetry for recognizing immigrants' rights, which makes difficult integration in the European Union and Spain. In order to check that hypothesis, European plans which state integration and recognizing rights, have been checked. According to those instruments, integration policy is directed to legal immigrants. Spanish Law, taking into consideration the Constitution and immigration laws, imposes the difference between nationals' and immigrants' rights and states another category for these ones, depending on the administrative situation they live. Finally, in the Spanish case it has been concluded it has been made progress so as to recognize more rights in equality of conditions for all people. However, there is asymmetry in some rights, like the right to work and health and that prevents from immigrants' integration in the acceptance country.

Key words: Immigrants, rights, asimmetry, equality, integration.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA IGUALDAD Y LA DESIGUALDAD DE DERECHOS.

1. Criterios interpretativos.

2. El derecho de igualdad de los extranjeros en la Constitución.

III. RECONOCIMIENTO DE LA TITULARIDAD DE DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS.

1. El reconocimiento de los derechos: Antecedentes y evolución de la legislación española en materia de extranjería.

2. El nuevo modelo jurídico-político y los derechos de los extranjeros: Ley Orgánica 2/2009.

3. El Estatuto de Derechos de los Inmigrantes.

IV. CONCLUSIONES.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

A propósito de las recientes reformas del marco normativo en materia de extranjería en la Unión Europea y particularmente en España, por el que se impulsa una política a favor de la integración de los inmigrantes, este estudio se ocupa, desde un enfoque jurídico, del reconocimiento asimétrico de los derechos de los inmigrantes, entendido como el tratamiento diferenciado de derechos que les otorgan las normas, en función de determinadas limitaciones y condicionamientos.

En el ámbito internacional, los derechos humanos son atribuidos a todas las personas por igual, conforme a lo establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en la que se garantiza la dignidad intrínseca y la igualdad de derechos. En la legislación Europea, en cambio, existe un tratamiento diferenciado a los derechos de los extranjeros, conforme se desprende de su política migratoria. Durante mucho tiempo, la política migratoria en Europa, y en particular en España, estuvo principalmente dirigida al control de las fronteras y en menor medida a velar por los derechos del extranjero, imponiéndosele limitaciones y condicionamientos para su ejercicio. Es así que la percepción de la inmigración se reducía al porcentaje de mano de obra que necesitaba coyunturalmente el mercado de trabajo[(1)].

Al convertirse la inmigración en estructural, la Unión Europea aprobó un marco normativo a favor de la integración de los inmigrantes legales y el consiguiente reconocimiento de sus derechos. Entre los instrumentos trascendentales están el Consejo de Tampere (1999), el Tratado de La Haya (2004) y últimamente el Tratado de Lisboa (2008). Todos ellos tenían como principal eje la categorización de los extranjeros en legales e ilegales.

La Comisión Europea entiende la integración como «la progresiva equiparación de los inmigrantes con el resto de la población, en derechos y deberes, así como su acceso a bienes, servicios y cauces de participación ciudadana en condiciones de igualdad de opor-

(1) DE LUCAS, 2003: 56.

tunidades y trato»[2]. Como tendrá ocasión de comprobarse más adelante, la diferenciación entre estatuto jurídico aplicable a las personas regulares y aquellas que no se encuentran en una situación legal impide a estas últimas la integración, de forma que no podría servir dicho concepto como objetivo a alcanzar por el colectivo de migrantes en general, sino exclusivamente a aquellos que están en condiciones de acceder a la igualdad de trato. De este concepto, además, parece asumirse que la equiparación de derechos y oportunidades no puede calificarse de completa, pues señala el término «progresiva equiparación».

España es uno de los países de la UE que ha pasado de ser un país emigrante a uno de creciente inmigración. Según los datos demográficos del Instituto Nacional de Estadística al primero de enero de 2010, tiene una población total de 46.951.532 de personas, de la cual 41.242.592 tienen nacionalidad española y 5.708.940 son extranjeros, constituyendo estos últimos un 12,2% de la población total[3]. La Carta Constitucional y las diversas leyes de extranjería les reconocen a los extranjeros derechos distintos que a los nacionales, condicionando su titularidad y ejercicio a la situación administrativa en la que se encuentren[4]. Un ejemplo de ello puede hallarse en la normativa laboral, pues el acceso a un contrato de trabajo ordinario viene condicionado a la obtención previa del permiso de trabajo correspondiente, y para ello han de concurrir unos determinados requisitos en el migrante que lo solicita. La nacionalidad, por tanto, se presenta como un elemento o criterio diferenciador en la aplicación de la Ley, pese a que la propia Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación, especialmente la que se origina por razones de nacionalidad. Además, en el seno del colectivo de migrantes la regularidad de la situación interviene como un factor de desigualdad en la aplicación de la norma y en la concesión de igualdad de oportunidades. Es así que el extranjero legal tiene acceso a mayores derechos que el ilegal, a quien le son restringidos o condicionados.

Con la reciente reforma de la Ley de Extranjería, en el año 2009, se establece que todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias en el respeto a varios principios, entre ellos a la integración de los inmigrantes, mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía y a la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas[5]. Siendo así, se prevé que toda política encaminada a la integración de los inmigrantes exige el reconocimiento de derechos y, con ello, la adopción de medidas en materia de llegada y acogida, tales como empleo, vivienda, educación, entre otras[6].

El problema que dificulta la integración de los extranjeros en España radica en que el marco normativo español, siguiendo los cánones de la política inmigratoria europea, les otorga un tratamiento diferenciado de derechos con relación a los nacionales y a los propios extranjeros, dependiendo de su situación administrativa, generando con ello un reconocimiento asimétrico de derechos. Conforme a lo anterior, dadas las recientes reformas

(2) DOC 125, 2002, 1.4.

(3) <www,ine.es>.

(4) LO 7/1985 de 1 de julio; 4/2000, de 11 de enero; 8/2000, de 22 de diciembre y sus modificatorias de los años 2000 y 2003.

(5) Art. 2 bis, 2, c) y f) de la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

(6) GOIG MARTÍNEZ, 2008: 45.

en la Ley de Extranjería Española, que contiene la doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional y la trasposición de las directivas europeas, corresponde analizar el reconocimiento asimétrico de los derechos de los extranjeros, a la luz del principio de igualdad, que será abordado desde dos enfoques: el objetivo, basado en el cumplimiento de la ley y el subjetivo, en la dignidad de la persona. Para ello, el estudio se divide en dos partes. La primera se ocupa de la igualdad y asimetría en el reconocimiento de derechos, y la segunda del reconocimiento de la titularidad de derechos de los extranjeros.

II. LA IGUALDAD Y LA DESIGUALDAD DE DERECHOS

1. Criterios interpretativos

La igualdad en todas las épocas ha sido uno de los ideales sociales más anhelados. Esto motivó a que ARISTÓTELES, en su época, estudiara los significados de la igualdad y su contrasentido, la desigualdad: «parece que la justicia consiste en la igualdad, y es así, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales»[(7)]. Conforme a lo anterior, asimilaba justicia a igualdad e injusticia a desigualdad, dirigida cada una a dos grupos distintos: una, a los iguales y, la otra, a los desiguales.

El principio de igualdad ha estado estrechamente vinculado al principio de legalidad. La norma jurídica se presenta como un mandato general que sólo admite excepciones a su cumplimiento en circunstancias objetiva y razonablemente justificadas. La aplicación uniforme o simétrica del Derecho exige analizar caso por caso cada una de las vicisitudes y detalles del sujeto que ha de cumplir la norma, así como de los hechos que rodean su situación jurídica. La igualdad no depende en sí misma de la norma, como cabría prever de acuerdo con los postulados clásicos relativos a la igualdad formal. El contenido de las relaciones jurídicas, con sus matices diversos y sus mecanismos de funcionamiento, contribuye a desarrollar y conformar el entramado de derechos y obligaciones de las personas que forman parte de esa relación. Eso significa que no puede resultar aplicable una norma del mismo modo, ni con el mismo sentido, si el supuesto de hecho que trata de regular, incluyendo las cuestiones relativas a los sujetos, difiere sensiblemente y esta diferencia se funda en una justificación razonable. La diferencia de trato es discriminatoria si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Al respecto, se concede a los Estados un amplio margen de apreciación acerca de cada supuesto, remitiéndose al juicio de razonabilidad y proporcionalidad ya mencionado[(8)].

Ante la insuficiencia del principio de igualdad formal, surge la igualdad material o sustancial, que exige a los poderes públicos promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva. Aplicando los dos enunciados aristotélicos, la

(7) ARISTÓTELES, 2005: 123-126.

(8) STEDH 16-9-1996, asunto 17371/90, *Gaygusuz contra Austria* (ap. 42). Véanse por todas las SSTC 49/1982, de 14-7, FJ 2.º y 3/1983, de 25-1, FJ 3.º

igualdad formal se trasluce en el primer enunciado de tratar igual a los iguales y la igualdad material, en el segundo, de tratar de modo desigual a los desiguales con el fin de conseguir condiciones sociales más equitativas(9). Producto de lo anterior, en la doctrina surgen dos criterios para analizar la igualdad en materia de derechos. El objetivo, basado en lo que establece la ley, y el subjetivo, en las facultades otorgadas a la persona, para garantizar el respeto a su dignidad(10).

La igualdad como derecho objetivo es defendida por JELLINEK. Según este autor, citado por BAÑO LEÓN, la «igualdad en todas sus formas nunca puede llegar a tener como contenido una pretensión individual. Es derecho objetivo y su eficacia en la esfera jurídica individual es un mero efecto reflejo». En consecuencia, «no hay derecho subjetivo a la igualdad porque la protección jurídica depende, en última instancia, de que la norma lo reconozca». Esto significa que, mientras la ley no reconozca un derecho a una persona, nadie puede exigir una igualdad de trato.

En contraposición, la igualdad como derecho subjetivo es sustentada por BAÑO LEÓN. Se basa en que toda persona tiene derecho a no ser sometida a trato arbitrario o discriminatorio con independencia de sus cualidades o características subjetivas. Encierra una situación jurídica de poder y de deber. El deber obliga al Estado a abstenerse de emplear criterios discriminatorios, y el poder faculta al individuo a exigir la equiparación de trato, cuando crea que el Estado ha incumplido su deber público de no actuar discriminatoriamente(11). Sin embargo, no debe existir diferencia de trato cuando se trata de derechos fundamentales. En ese sentido lo refiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia *Chorfi contra Bélgica*, de 7 de agosto de 1996, al señalar que la dignidad de la persona transciende las fronteras nacionales y ha de ser respetada no sólo en la persona de los ciudadanos de la UE sino también de los extranjeros extracomunitarios, debido a que los destinatarios de estos derechos son todas las personas(12).

De acuerdo con el criterio empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, forzoso es concluir lo siguiente: pese al amplio margen de apreciación de que disponen los Estados para distinguir el régimen jurídico aplicable a determinados derechos, todos ellos, al adoptar medidas y aprobar normas o condiciones para la delimitación y configuración de los Derechos Fundamentales, han de efectuar el test de proporcionalidad, debido a que han de justificar la existencia de un fin legítimo superior para cercenar o impedir el ejercicio de tales derechos por las personas extranjeras, se encuentren o no en una situación regular. En otras palabras, no debe presumirse por parte de los estados un tratamiento diferenciado, en la aplicación de las normas o en los efectos de las medidas o actuaciones administrativas, entre extranjeros o nacionales, al menos en lo que se refiere a la efectividad de los Derechos Fundamentales o aquellos que reconoce de forma directa el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las normas podrían establecer distinciones, pero todas ellas han de ser proporcionadas, de modo que se ajusten a un fin legítimo suficientemente ponderado como para excluir el ejercicio de un Derecho Fundamental por el migrante. En ese sentido,

(9) BENEYTO PÉREZ, 2009: 648-649.

(10) SANTAMARÍA ARINAS, 2009: 675.

(11) BAÑO LEÓN, 1987: 180, 183-187.

(12) BENEYTO PÉREZ, 2009: 644-645.

ya ha aclarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la nacionalidad no representa motivo suficiente —aunque pueda ser necesario— para la restricción o la quiebra de los derechos de otras personas, como son las extranjeras. A continuación se aborda el marco jurídico interno.

2. El derecho de igualdad de los extranjeros en la Constitución

La Constitución Española en su artículo 1.1 «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Consiguientemente, reconoce la igualdad como principio fundamental y como derecho esencial de la persona. Esta declaración es concordante con el reconocimiento de la «dignidad de la persona» y «los derechos inviolables que le son propios», como fundamentos del orden político y la paz social[13]. Además, su regulación está garantizada por «… la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»[14]. La Carta Constitucional señala expresamente que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación…». La tutela de los derechos se halla garantizada, puesto que cualquier ciudadano está facultado para recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2.º ante los Tribunales y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[15].

La regulación de los Derechos Humanos ha de ajustarse a lo establecido en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado español, como puede ser el Convenio Europeo, que reconoce los mismos Derechos Fundamentales susceptibles de amparo constitucional que han sido recogidos por la Carta Magna. La igualdad, no obstante, parece regir únicamente para la ciudadanía española, según se ha aludido con anterioridad, lo que no parece ajustarse a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la prohibición del trato discriminatorio. Mientras la instancia europea obliga a justificar el tratamiento diferenciado en el ejercicio de derechos o en la aplicación de la norma, el Texto Constitucional no contempla el fenómeno inmigratorio, tal vez por el contexto histórico de su aprobación y entrada en vigor. Se corresponde este último más bien con la época en que España no podía considerarse un país receptor de personas inmigrantes. Todo ello podría predicarse del empleo de las garantías y tutelas jurisdiccionales especiales para la protección de los Derechos Fundamentales, pues la igualdad sólo afectaría a la persona con nacionalidad española.

Aquella hipótesis se confirma con la diferencia de derechos que formula el artículo 13 de la Constitución, que dedica el párrafo primero a los extranjeros y el párrafo segundo a los españoles. En el primero, señala que los extranjeros gozan de las libertades públicas que garantiza el Título primero de la CE, pero los somete a los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Mientras, en el segundo, prevé que sólo los españoles serán titulares de los derechos del artículo 23, salvo los que se establezcan en tratados o

(13) Art. 10.1 CE.

(14) Art. 10.2 CE.

(15) Art. 53.2 CE.

convenios de reciprocidad, para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

En este último caso no parecería razonable, desde el principio democrático, excluir a la comunidad inmigrante de la participación en las elecciones, siempre que posean un cierto arraigo en la comunidad y estén en condiciones de permanecer en el territorio[16]. Si bien el derecho de sufragio activo y pasivo ha de someterse a ciertos límites, no es menos cierto que no todos pueden derivarse exclusivamente de la condición de nacional de otro país, pues tal vez este motivo no supere el test de proporcionalidad señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aplicando el criterio de igualdad formal, que se desprende del Derecho objetivo, los extranjeros no podrían exigir trato igualitario en cuanto a los derechos políticos ni derecho a recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, porque, conforme a la Constitución, ambos derechos están garantizados únicamente a los nacionales. En cambio, con el criterio de la igualdad subjetiva, los extranjeros, al ser discriminados por el Estado Español, podrían recurrir a la justicia internacional, para el reconocimiento de estos derechos, en tanto se encuentra prohibida la discriminación, conforme a la Declaración de Derechos Humanos[17] y el Convenio Europeo de Derechos Humanos[18], entre otras normas internacionales.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, en los tres informes elaborados respecto a España, recomienda que se adopte una enmienda constitucional respecto del art. 14 con el objeto de garantizar el derecho de igualdad a todas las personas y no sólo de los españoles. Así se sustenta en el primer informe[19], así como en el seguimiento que le hace a través del segundo[20] y el tercer informe[21], sin existir ningún avance al respecto hasta la actualidad. Una vez que se ha constatado que la norma constitucional española, analizada en sí misma, garantiza unos derechos exclusivos para los españoles y otros para los extranjeros, a continuación corresponde examinar el reconocimiento de la titularidad de los derechos de estos últimos.

III. RECONOCIMIENTO DE LA TITULARIDAD DE DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Se han producido algunos avances en el reconocimiento de la titularidad de algunos derechos a las personas inmigrantes, si bien todavía se suscitan algunos interrogantes respecto a otros o, incluso, su negación, corroborando la asimetría presupuesta a partir del Texto Constitucional. Con anterioridad se ha señalado que éste limita los derechos de los extranjeros de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y en los Tratados. De todos modos, se presenta una primera problemática en relación a estas dos fuentes del Derecho. El Tratado

(16) LASAGABASTER HERRARTE, 2009: 45-53.

(17) Arts. 1 y 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

(18) Art. 14 CEDH.

(19) CRI (1999) 4, 26 de enero de 1999: 9.

(20) CRI (2003) 40 Rev., 13 de diciembre de 2002: 7.

(21) CRI (2006) 4, 14 de junio de 2005: 7.

Internacional, aprobado por Ley Orgánica, en principio, posee un valor superior a la Ley ordinaria, por lo que difícilmente esa última establezca alguna limitación que expresamente no se halle contemplada en el Tratado Internacional. La contradicción entre estas dos normas se resuelve siempre de forma favorable al Tratado, lo que obligaría a dejar sin efecto el texto de la norma incompatible con aquél. Por tanto, el test de proporcionalidad que ha exigido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vinculado a la interpretación de la prohibición de discriminación o asimetría, ha de permanecer vigente. En otros términos, fuerza al Estado español en este caso a motivar caso por caso el trato distinto para los extranjeros y evita que la discriminación se considere un *prius* lógico, derivado de la nacionalidad, cuando está en juego el ejercicio de los Derechos Fundamentales susceptibles de amparo constitucional.

La expresión «libertades públicas» carece de definición constitucional, lo que no obsta a que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado con motivo de la resolución de recursos de amparo. Así, ha declarado que no debe ser interpretado de manera restrictiva, sino de manera más amplia de «libertades y derechos»[(22)]. Como tal, el Título I de la Constitución constituye el estatuto de libertades y derechos de los extranjeros. Sobre esa base, el Tribunal Constitucional señala que «la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I, interpretados sistemáticamente». Para ello, recomienda, primero, acudir a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos del Título I y, segundo, a la regla establecida en el artículo 13.1 de la Constitución. El problema de su titularidad y ejercicio «depende del derecho afectado»[(23)].

En cuanto a la primera recomendación, los derechos contemplados en el Título I, señala que son los derechos imprescindibles para la dignidad de la persona humana[(24)]. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que existen derechos que «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles»[(25)], porque gozan de ellos —nacionales y extranjeros— «en condiciones plenamente equiparables»[(26)]. Entre los derechos que contempla el Título I están los correspondientes al derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la tutela judicial efectiva[(27)], a la asistencia jurídica gratuita[(28)], a la libertad y a la seguridad[(29)], a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social[(30)]. Todos estos derechos son los reconocidos por el Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, sin constituir una lista cerrada y exhaustiva.

---

(22) STC 107/1984, FJ 3.º

(23) *Idem*, FJ 4.º

(24) STC 91/2000, FJ 7.º

(25) STC 107/1984, FJ 3.º

(26) STC 95/2000, FJ 3.º

(27) STC 99/1985, FJ 2.º

(28) STC 95/2003, FJ 4.º

(29) STC 144/1990, FJ 5.º

(30) STC 137/2000, FJ 1.º

Como se aprecia, ha sido el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, el que ha debido definir caso por caso qué derechos se les atribuyen a las personas inmigrantes y qué alcance tienen. Se entiende que en cada uno de estos casos ha estado muy presente el principio de proporcionalidad para justificar la interdicción de cualquier tipo de quiebra o cercenamiento no acorde con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Aplicando los criterios de igualdad, se puede señalar que el reconocimiento de estos derechos por el TC, conforme al principio de dignidad humana, es coherente con el criterio de igualdad material, adaptada a las circunstancias objetivas y subjetivas que presente cada caso. En caso de que se suscitara alguna controversia en relación con los otros derechos no examinados por la jurisprudencia constitucional o cualquier Tratado Internacional, la Ley debería ser el instrumento que estableciera las posibles excepciones para el reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas extranjeras. Todo ello igualmente exigiría ajustar las medidas restrictivas al principio de proporcionalidad y expresar una razón objetiva para la exención. Al formar parte de la jurisprudencia —las normas han de interpretarse conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial[31]— se constituye en Derecho objetivo, coincidente con el criterio de igualdad conforme a la norma objetiva.

En cuanto al segundo mandato, contenido en el párrafo primero del artículo 13 de la Constitución, el disfrute de los derechos y libertades de los extranjeros que no están establecidos en el Título I de la Constitución «podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinan los tratados internacionales y la Ley interna española»[32]. Esto significa que los tratados y las leyes tienen la facultad de extender a los extranjeros los derechos que no les reconoce directamente la Constitución, pero que tampoco les niega expresamente[33]. Así, pueden citarse todos aquellos derechos que se hallan estrechamente ligados a la configuración del Estado social, como la sanidad, la vivienda, el trabajo o la asistencia social. Las Comunidades Autónomas ostentan competencias en muchas de estas materias y la problemática se deriva en muchos casos de las diferencias en cuanto a la regulación y delimitación de estos derechos en unas u otras. La diferencia de trato entre nacionales y extranjeros también puede consistir en la diversidad de criterios para hacer efectiva la normativa o para su interpretación.

Los Tratados Internacionales, según la doctrina, generan determinadas restricciones y ciertas condiciones al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros. Las normas de Derecho Internacional Público, con relación a la nacionalidad y extranjería, parecen estar dominadas por el criterio de discrecionalidad estatal en el ejercicio de las competencias respectivas[34]. Para verificar esta afirmación, veamos los matices que contemplan el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Tratados específicos respecto a los derechos de los extranjeros.

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH), inspirado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

(31) Art. 6.1 Ley Orgánica 7/1985, del Poder Judicial.

(32) STC 99/1985, FJ 2.º

(33) VIDAL FUEJO, 2002: 96.

(34) JUSTE RUIZ, 2005: 297-324.

declara en su objetivo, contenido en el último párrafo del preámbulo, el compromiso de tomar las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento y aplicación universal de los Derechos Humanos. Asimismo, reconoce el goce de los derechos y libertades a todos, sin distinción alguna, especialmente por origen nacional y otros[35]. Los tratados Internacionales desempeñan un papel importante, al extender algunos derechos a los extranjeros. Es el caso del Tratado Internacional sectorial «Convenio cultural firmado entre España y Argentina», ratificado el 27 de febrero de 1973, por el que se equipara los títulos de los odontólogos españoles y argentinos, producto de lo cual los odontólogos argentinos, al amparo de la Ley 62/1978, tienen la posibilidad de colegiarse y trabajar en España en las mismas condiciones que los odontólogos españoles. Cabe advertir que esto mismo no ocurre con todas las profesiones y títulos.

Otro ejemplo del reconocimiento de derechos en los Tratados Internacionales, conviene analizar si se protegen los derechos adecuadamente en la LO 1/2008, de 30 de diciembre, por la que España ratifica el Tratado de Lisboa. En ella se protege el principio de Igualdad ante la Ley, al establecer que «todas las personas son iguales ante la Ley»[36] y, por otra parte, se reconoce el principio de no discriminación «por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares»[37]. No obstante, al momento de reconocer el derecho a la salud, se somete a la legislación nacional al señalar que «toda persona tiene derecho a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales»[38]. En cuanto a la seguridad social y ayuda social, la restringe a los residentes legales y las somete a las normas nacionales[39] (art. 34.2).

En cuanto a las leyes del Derecho interno, como se dijo antes, el legislador cuenta con mayor libertad para regular tales derechos, ya que puede modular las condiciones de ejercicio «en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros», si bien aquella libertad «no es en modo alguno absoluta»[40]. Al respecto, el TC hace algunas recomendaciones al legislador en el momento en que delimite el derecho: ha de respetar su «contenido esencialmente necesario» y considerar si la limitación del ejercicio del derecho «lo hace impracticable, lo dificulta más allá de lo razonable o lo despeja de la necesaria protección». Esto significa que debe velar por «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para los intereses jurídicamente protegibles que den vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos»[41].

En suma, se puede afirmar que los extranjeros son titulares, en primer término, de los derechos establecidos en la Constitución y garantizados por la profusa jurisprudencia del TC, conforme al criterio subjetivo; y, en segundo lugar, podrán acceder a determinados

(35) Art. 14 CEDH.

(36) Art. 20 Tratado de Lisboa.

(37) Art. 21.2 Tratado de Lisboa.

(38) Art. 35 Tratado de Lisboa.

(39) Art. 34.2 Tratado de Lisboa.

(40) STC 94/1993, FJ 3.º

(41) SSTC 11/1981, FJ 3.º y 37/1987, FJ 6.º

servicios y reivindicar los derechos que se les haya atribuido por Ley y que no hayan sido contemplados o mencionados en Tratados Internacionales. En este caso prevalecería más bien un criterio de carácter puramente objetivo de la igualdad de derechos, en el sentido expresado por JELLINEK, debido a que depende estrictamente del legislador interno dotar a las personas extranjeras de un régimen distinto, incluso sin atender al test de la proporcionalidad. Eso no significa, no obstante, que algunos derechos, como el referido a la sanidad, la vivienda o la asistencia social no se hallen vinculados, desde una perspectiva material, a otros Derechos Fundamentales que se les ha otorgado a las personas inmigrantes por los Tratados Internacionales. Buena prueba de ello puede ser el Derecho a la vida, a la integridad física o, incluso, en determinadas circunstancias extremas, a la dignidad. Para conocer cómo ha progresado el reconocimiento de sus derechos, se procede a revisar los antecedentes de la legislación en materia de extranjería, con el propósito de conocer sus avances y desafíos en materia de igualdad.

1. El reconocimiento de los derechos: Antecedentes y evolución de la legislación española en materia de extranjería

La política migratoria del Estado Español ha avanzado desde una política de control de fronteras hacia una de reconocimiento de derechos. No obstante, a pesar de sus avances, aún tiene muchos retos que cumplir en materia de igualdad de derechos. La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, vigente hasta el 1 de febrero de 2000, constituyó el primer intento de establecer una norma jurídica que contemplara los derechos y libertades de los extranjeros en España, tal como lo señala en su exposición de motivos. La base de dicha Ley, según sus redactores, eran los principios constitucionales y las recomendaciones de los organismos internacionales. En cuanto a sus contenidos, ponía especial énfasis en el control de las fronteras, dado que la inmigración constituía un fenómeno coyuntural y se le reconocía un reducido elenco de derechos. A partir de 1988 comienza a tomarse conciencia de la estabilidad de la inmigración y se formulan, en 1991, medidas y objetivos de política migratoria, de tal forma que se acometen los primeros pasos a favor de la integración y la regularización de los extranjeros, entre ellos el Plan Nacional de Integración y Participación de los Inmigrantes[42].

En el año 2000, con arreglo a lo establecido por los instrumentos de la Unión Europea, se dicta una nueva regulación[43] que se caracteriza por la integración social y pretende equiparar los derechos de los nacionales a los extranjeros legales y de éstos entre sí, sin mención alguna sobre los irregulares. Esta norma se mantiene vigente pero con cuatro modificaciones[44]. Entre las normas modificatorias, la Ley Orgánica 8/2000 afectaba a los derechos del inmigrante, al volver al espíritu restrictivo de la Ley de 1985. Trata al inmigrante como mano de obra, en la condición de trabajador visitante, abandona el principio

(42) DE LUCAS; 2003: 55-56.

(43) LO 4/2000, de 11 de enero.

(44) Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; 14/2003, de 20 de noviembre, y la reciente 2/2009, de 11 de diciembre.

de equiparación de derechos por el de ejercicio de derechos[45], y supedita el ejercicio de derechos a la situación administrativa del extranjero, es decir, a que éste cuente con autorización de trabajo o permiso de residencia. En caso de que su situación fuera regular, podía ejercer un conjunto de derechos, mientras que, si se hallaba en la hipótesis de la irregularidad, veía prácticamente reducidos todos sus derechos. Finalmente, le niega los derechos de reunión, asociación, sindicación, huelga, asistencia jurídica gratuita, entre otros, lo cual supuso la violación de Tratados Internacionales ratificados por España.

Esta norma estuvo vigente hasta el año 2007, siendo impugnada mediante recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional[46]. El Tribunal Constitucional, como órgano supremo de interpretación de la Constitución Española, declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la LO 8/2000, por la que determinados derechos fundamentales les eran negados a los extranjeros, bajo criterios administrativos. Los fundamentos de la decisión consistieron en que, por un lado, no podía existir un tratamiento desigual de los derechos de los extranjeros respecto de los españoles[47], en tanto que aquéllos gozaban de esos derechos en condiciones equiparables a los españoles[48]; y, por otro que, se entiende que los derechos son inherentes a la dignidad de la persona humana[49] y que esta inherencia a la personalidad afecta al conjunto de derechos fundamentales según la garantía constitucional.

El propósito del Tribunal Constitucional fue dar un paso más en el establecimiento de una adecuada regulación del estatuto jurídico de derechos de los extranjeros, en forma acorde a la naturaleza intrínseca de los mismos. Desde sus primeras sentencias, reconoció la función hermenéutica que tienen los Tratados Internacionales ratificados por España para determinar el contenido de los derechos fundamentales[50], así como de la que tiene el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Todo ello obliga a interpretar los preceptos de la Constitución conforme al contenido de los Tratados y Convenios[51], considerado como el canon hermenéutico[52]. En la práctica, estas cuestiones se convierten en el contenido constitucional sobre los derechos y libertades enunciados por el Capítulo II del Título I de la Constitución[53].

La sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984 constituyó el pilar fundamental sobre el conjunto de los derechos de los que gozaban los extranjeros. Estaba basada en una triple clasificación de derechos: a) los derechos que pertenecían a la persona en cuanto tal, es decir, que correspondía a nacionales y extranjeros; b) los derechos de configuración legal, según lo establecido en la Ley; y, c) derechos que eran exclusivamente de los nacio-

(45) Art. 3 LO 8/2000, de 22 de diciembre.

(46) SSTC 236 y 259/2007.

(47) STC 107/1984, FJ 3.º

(48) STC 95/2000, FJ 3.º

(49) STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.º

(50) SSTC 38/1981, 78/1982 y 38/1985.

(51) Art. 10.2 CE.

(52) SSTC 78/1982, 84/1989139/1989 y 236/2007.

(53) STC 36/1991, FJ 5.º

nales. Esta sentencia ha mantenido su vigencia hasta el año 2007 y ha ejercido una notable influencia en las posteriores reformas de las leyes de extranjería e inmigración.

a) Derechos pertenecientes a la persona como tal y no como ciudadano. Tenían un carácter «imprescindible para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de la Constitución, constituye el fundamento del orden político español.

Más allá de la configuración de una lista, el Tribunal Constitucional dice que los derechos correspondientes a esta categoría no está cerrada ni tienen un carácter exhaustivo. Se mencionan entre ellos el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, el derecho a la tutela juridicial efectiva, la asistencia jurídica gratuita, la libertad y seguridad, el no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u otra condición, y el derecho a la asociación[54].

b) Derechos exclusivos de los españoles. Son los específicos de los nacionales. Se trata de derechos políticos, conforme al artículo 23 de la Constitución. Corresponden a la participación en asuntos públicos, de forma directa o mediante representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y el acceso a funciones y cargos públicos. En este caso, se niega de este derecho a los inmigrantes, y se les considera trabajadores, con determinados derechos y beneficios sociales, pero con la ausencia de compartir la misma ciudadanía política, lo que aboca a una «situación de extranjería permanente»[55].

c) Derechos de configuración legal. Se trata de derechos compartidos por nacionales y extranjeros, cuya titularidad y ejercicio corresponde a lo establecido por los tratados o las leyes. En este grupo se encuentran los derechos de carácter social y laboral.

Como paradigmas en ese último grupo puede aludirse el derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho a percibir una prestación de desempleo o el derecho a la salud, entre otros[56]. Mediante esta clasificación se establecía un criterio separador entre los derechos fundamentales y los derechos sociales. En tanto, según dicha sentencia, los derechos sociales se debían insertar en el grupo de los derechos de configuración legal y no en el primer grupo de derechos fundamentales[57].

Las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 y 256/2007 superaron la clasificación anterior, porque supusieron el reconocimiento de la titularidad y ejercicio de una lista de derechos a todas las personas inmigrantes en igualdad de condiciones, independientemente de su condición administrativa. En concreto, se contemplaron los derechos de reunión, asociación, educación, libertad sindical y de huelga, así como de asistencia jurídica gratuita. No puede olvidarse que el Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge todos estos derechos y considera que pueden invocarse por cualquier persona, más allá de su situación en el país en que pretende ejercerlos. Además de ser una norma de obligado cumplimiento en territorio español, ya se ha comentado que sirve de referencia e inspira-

(54) Véanse las SSTC 99/1985, FJ 2.º; 115/1987, FJ 3.º; 144/1990, FJ 5.º; 137/2000, FJ 1.º y 95/2003, FJ 4.º

(55) BENHABIB, 2005:108.

(56) SSTC 107/1984, FJ 4.º; 130/1995, FJ 2.º; 95/2000, FJ 2.º

(57) MONEREO PÉREZ, 2010: 77.

ción al Tribunal Constitucional para la resolución de recursos de amparo o el examen de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. La Ley no podría modificar el contenido del Instrumento Internacional, lo que impide negar los derechos a las personas extranjeras y equipararlas —respecto a su ejercicio— a las personas con nacionalidad española.

Conforme a lo anterior, esta jurisprudencia mantiene los ejes básicos de la clasificación inicial: derechos que pertenecen a la persona humana, por ser inherentes a la dignidad humana; derechos exclusivos para los españoles y derechos reconocidos a los extranjeros, conforme a lo establecido por los tratados y las leyes. El Tribunal Constitucional fundamenta la decisión de sus sentencias en la relación existente entre los Derechos Fundamentales y la dignidad humana, nutriéndose para ello de lo establecido en el art. 10.1 de la Constitución. No obstante, confiesa tener problemas para determinar si un derecho debe calificarse como inherente a la dignidad de la persona, en tanto que «todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana», por lo que introduce un parámetro de valoración consistente en el grado de conexión de un derecho con la dignidad[(58)].

Al momento de efectuar la valoración de la dignidad respecto de cada uno de los derechos, presenta algunos resultados. Así, por lo que se refiere al derecho de educación, señala que está vinculado al «libre desarrollo de la personalidad». Lo mismo afirma del derecho de asociación, pues protege el «valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona». Sin embargo, tratándose del derecho de reunión, no hace referencia a ningún vínculo con la dignidad humana y señala que es la expresión colectiva de la libertad de expresión y de opinión, constituyendo, en algunos casos, el único cauce para que las personas expresen sus ideas, pensamientos y reivindicaciones. Cierta doctrina ha concluido que el Tribunal Constitucional no recurre en su análisis únicamente al criterio de la conexión del derecho con la dignidad humana, sino a otros, tales como el sentido literal de los preceptos, la interpretación sistemática de cada artículo y de otros preceptos de la propia Ley, de la Constitución o de los Tratados Internacionales o análisis del artículo en conexión con la realidad social[(59)].

En definitiva, el reconocimiento de los derechos de los extranjeros ha avanzado en dos aspectos: en la equiparación de Derechos Fundamentales para todas las personas, y en desvelar la existencia de derechos diferenciados no sólo respecto de los nacionales sino también entre extranjeros, en función de las limitaciones y condicionamientos legales. A continuación se analiza la reciente Ley de extranjería, que contiene la doctrina de derechos del Tribunal Constitucional.

2. El nuevo modelo jurídico-político y los derechos de los extranjeros: Ley Orgánica 2/2009

A finales del año 2009, exactamente en diciembre, se aprobó la última reforma de la Ley de Extranjería[(60)], sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

(58) STC 236/2007, FJ 7.º

(59) GÓMEZ FERRER, 2010: 72-73.

(60) LO 2/2009, de 11 de diciembre.

social. Entre las modificaciones que introduce la nueva Ley de Extranjería pueden destacarse la política inmigratoria y sus ejes de actuación, el estatuto de derechos y el marco competencial compartido. Las razones fundamentales por las cuales se dicta esta nueva ley, sustentadas en la exposición de motivos, son básicamente tres: primera, la realidad social de la inmigración, vinculada a la transformación de la estructura política, económica y social de los países de la UE; segunda, la necesidad de ampliar la lista de Derechos Humanos reconocidos a los extranjeros; tercera, la transposición e incorporación de las directivas europeas al ordenamiento español.

La primera razón obedecía a los cambios operados en el modelo de sociedad como consecuencia de otras transformaciones, sobre todo en el plano económico o social. Habiendo transcurrido seis años desde la última reforma, era necesaria la adaptación de la Ley a los profundos cambios sociales y económicos que habían sucedido tanto en España como en la Unión Europea. La segunda consistía en dar cumplimiento al mandado del Tribunal Constitucional y a su doctrina sobre los derechos de los extranjeros, lo que tuvo lugar a través de la ampliación en el reconocimiento de la titularidad y ejercicio de Derechos Fundamentales a los extranjeros inmigrantes, independientemente de su condición y situación administrativa. Finalmente, la tercera respondía a la necesidad de actualizar la normativa española para la transposición de las directivas europeas relativas a la inmigración y a la situación jurídica de los inmigrantes.

De este modo, se pretende poner en marcha una política de inmigración dotada de carácter legal que garantice los derechos fundamentales; el acceso progresivo a derechos de configuración legal a partir de la residencia legal y el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenado con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo y fomento de las oportunidades de integración de los inmigrantes. Se aprobó un marco legal que tiene como destinatarios a los extranjeros inmigrantes a dos niveles: en un primer nivel, a los que tienen una situación regular con autorizaciones de trabajo y/o permisos de residencia, y en uno segundo a los inmigrantes en situación irregular, que carecen de los permisos necesarios para habitar y residir en el Estado español y a los que se les condiciona la titularidad de ejercicio de derechos. Se abre así una brecha de tratamiento jurídico diferenciado a las mismas personas, pero con diferente condición administrativa, y se mantiene en este caso el problema encontrado en las reformas y leyes anteriores respecto de determinados derechos. A continuación se desarrollarán brevemente las novedades introducidas en la ley de extranjería respecto al nuevo estatuto de derechos y deberes de los inmigrantes.

3. El Estatuto de Derechos de los Inmigrantes

En la estructura de la nueva normativa las modificaciones a destacar en materia de derechos se hallan en el Capítulo I, denominado «Derechos y libertades de los extranjeros», que constituye el nuevo estatuto jurídico de derechos y libertades de los extranjeros. Cabe destacar que el artículo 3 reconoce la titularidad y el ejercicio de derechos de los extranjeros, no obstante, sólo algunos derechos están dirigidos a todos los inmigrantes, independientemente de su condición administrativa, mientras que otros se encuentran condicionados.

Producto de las sentencias del Tribunal Constitucional, los derechos reconocidos en la nueva ley de extranjería a «todos los inmigrantes» en igualdad de condiciones son los

siguientes: derecho de reunión y manifestación; asociación; educación obligatoria, básica y gratuita, a los extranjeros hasta los 18 años; sindicación y huelga, y derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas; a la tutela judicial efectiva, y a la asistencia jurídica gratuita. Estos derechos son los inherentes a la dignidad de la persona humana, por lo que son iguales tanto a nacionales como a extranjeros, tal como reiteradamente se ha explicado líneas arriba por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, aún existen derechos que se encuentran condicionados respecto a su titularidad y ejercicio, ya sea por el empadronamiento o por la residencia legal. Es el caso del derecho a la sanidad, en el primer caso, y el trabajo, en el segundo.

El derecho a la sanidad está reconocido y protegido por el artículo 43 de la Constitución. Esto significa que el Estado reconoce el derecho a la salud y lo protege a través de sus poderes públicos. Podría cuestionarse si ese derecho no encuentra algún punto de conexión con el derecho a la vida o a la integridad física, que sí se consideran Derechos Fundamentales de directa invocación. Carecería de sentido, por ejemplo, no atender ni tratar a personas que hayan sufrido algún percance en su desplazamiento hacia el país de recepción y se encuentren al borde de la muerte. Aunque no dispongan de residencia ni otros permisos que habiliten su estancia regular, la Administración debería velar por la integridad o la vida de esa persona y, para ello, debería emplear todos los medios materiales y humanos a su alcance para evitar cualquier perjuicio a aquellos derechos. Consiguientemente, debería entenderse aplicable a todas las personas sin ningún tipo de distinción.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha incluido el derecho a la salud entre los derechos fundamentales. Sí ha dictado pronunciamientos dispares de su relación con los derechos a la vida y a la integridad física. En ese sentido, en un caso, niega su equiparación con ambos derechos[(61)], indicando que para que ello ocurra es requisito indispensable que se «ponga en peligro grave e inmediato la salud». En otro caso, en cambio, reconoce «la indudable conexión con ambos derechos»[(62)]. No obstante, al final niega equiparar este derecho con los contenidos en el artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, la regulación de la asistencia sanitaria es diferenciada para nacionales y extranjeros. Los primeros tienen derecho a la protección de la salud de carácter universal, ya sea a través del sistema de seguridad social o las prestaciones sanitarias. En cambio, los extranjeros se ven sometidos a determinados condicionamientos establecidos por la Ley de Extranjería, la cual, con relación a sus antecesoras, no ha merecido mayores cambios.

El requisito del empadronamiento no es desproporcionado pero alberga ciertos problemas. Constituye una obligación para cualquier persona, siempre que resida habitualmente en el municipio[(63)]. La Ley de Extranjería exige a todos los extranjeros (regulares o irregulares) la previa inscripción en el padrón municipal[(64)]. Los menores de 18 años, en cambio, no tienen ningún condicionamiento para gozar de este derecho, excepto ser menores de edad, luego de lo cual, al adquirir la mayoría de edad, tendrían que empadronarse. Sin

(61) ATC 57/2007.

(62) ATC 192/1993.

(63) Art. 15.1 LBRL.

(64) Art. 12.1 LO 2/2009, de 11 de diciembre.

embargo, al tratarse de extranjeros irregulares, podría ser difícil lograrlo por temor a ser expulsado o carecer de domicilio para inscribirse, entre otros factores. Todo ello conlleva que muchos extranjeros no tengan derecho a la asistencia sanitaria.

En cuanto a los casos excepcionales de la atención a la salud, como las prestaciones de urgencia y a las mujeres embarazadas[65], contemplados en los párrafos 2 y 4 del art. 12, cabe señalar que en el primer caso existen limitaciones y en el segundo, aparentemente, los derechos se encuentran protegidos. El tratamiento a las mujeres embarazadas se ha basado en el artículo 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en el que se garantiza a la mujer los servicios apropiados en el embarazo, parto y postparto cuando fuera necesario. Por tanto, en este caso existe una total protección sanitaria a la mujer extranjera embarazada, sin importar su situación de regular o irregular, hecho que podría cambiar una vez que nazca el niño/a.

En cambio, respecto a las prestaciones de urgencia, para los casos de «enfermedad grave o accidente», se consideran indeterminadas y limitadas. Por un lado, resulta difícil distinguir las enfermedades graves de las leves u otras. Y, por otro, no se encuentran comprendidas, en estos dos motivos, las enfermedades crónicas, que requieren de un tratamiento largo y permanente. Por ello, se podría estar poniendo en riesgo el derecho a la vida y a la integridad física de la persona, en caso de no recibir el tratamiento requerido. Situación que se agrava en los casos de inmigrantes irregulares.

Por tanto, el derecho a la salud para los extranjeros es diferenciado, principalmente para los que se encuentren en situación irregular o no se encuentren inscritos en el padrón municipal, salvo los casos de enfermedad grave o accidente, con las limitaciones antes apuntadas. Cabe aclarar que esta denegación de la asistencia sanitaria puede constituir una violación al derecho a la vida y a la integridad física.

El derecho al trabajo está mucho más restringido que el derecho a la salud, ya que, como establece la Ley de Extranjería, está garantizado únicamente para los extranjeros residentes, a quienes se les exige contar con permisos de residencia y trabajo, de conformidad con las exigencias de aquella Ley y la 7/2007, de 12 de abril. Esta restricción tiene su base en la Constitución, que reconoce el derecho al trabajo únicamente a los españoles[66]. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles, supeditando los derechos del extranjero al artículo 13.1 de la Constitución, que señala que los extranjeros pueden gozar de este derecho en los términos establecidos en los Tratados y la Ley, es decir, cuando cuente con los permisos de residencia y trabajo[67].

Esta disposición es coherente con lo establecido por el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante[68], que incluye la igualdad de trato en las condiciones de trabajo al trabajador migrante[69], definido como aquél que ha sido autorizado para per-

(65) Art. 12.2 y 14 LO 2/2009.

(66) Art. 35 CE.

(67) STC 107/1984.

(68) Convenio de Estrasburgo relativo al trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977.

(69) Art. 16 del Convenio de Estrasburgo, relativo al trabajador migrante.

manecer en un Estado para desempeñar un empleo remunerado. Eso significa que ha de obtener previamente la autorización de residencia y trabajo. Por tanto, existen condicionamientos para el acceso al trabajo por parte de los extranjeros. No obstante, una vez obtenidos y celebrado el contrato de trabajo[70], opera la igualdad de trato para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales en equiparación con los españoles[71]. Esta equiparación de derechos ha supuesto el resultado final de un proceso paulatino de reconocimiento y equiparación, ya que inicialmente los trabajadores extranjeros solo tenían derecho a la remuneración, quedando en situación de desamparo. Su protección se dio a través de las leyes de extranjería que exigían a los empleadores una autorización previa, sin perjuicio de las responsabilidades y dejando claro que ello no conllevaría invalidar el contrato de trabajo en cuanto a los derechos de los trabajadores[72].

Pese a los avances de la normativa en cuanto a derechos de los trabajadores extranjeros, siguen vigentes los condicionamientos para el acceso al derecho al trabajo, únicamente a favor de los extranjeros residentes que cuenten con permisos de trabajo y residencia, estando excluidos en estas condiciones los extranjeros que no cuenten con estos requisitos.

Este breve análisis es una muestra de los pocos derechos universales a los que tienen igualdad de trato los extranjeros y las numerosas restricciones y condicionamientos que impiden su acceso a muchos de ellos. Conforme a lo anterior, se configura un modelo universalista de los derechos fundamentales y un modelo de reconocimiento progresivo de derechos no considerados formalmente como fundamentales en función del tiempo de la residencia legal del extranjero, además de otros condicionamientos como el empadronamiento[73].

IV. CONCLUSIONES

Han de distinguirse dos tipos de derechos: por una parte, aquéllos que han sido reconocidos en los Textos Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, todos ellos ratificados por el Estado español. El régimen jurídico, tanto en lo que se refiere al ejercicio como a la tutela de estos derechos, no encuentra diferencia alguna respecto a aquellos que se atribuyen a los nacionales del Estado de acogida. El mismo Tribunal Constitucional en primera instancia y la reforma de la Ley de Extranjería, con posterioridad, han permitido atribuir esos derechos a las personas inmigrantes. El criterio de la asimetría no rige en este caso, sin perjuicio de supuestos limítrofes en que podría estar en juego la efectividad de alguno de los Derechos Fundamentales. Se establece, así, la igualdad de algunos derechos, para nacionales y extranjeros; la exclusividad de determinados derechos para nacionales y la restricción de muchos otros para extranjeros, de acuerdo a la categoría que tengan estos, sea de residentes, empadronados o irregulares.

(70) Art. 7.c) de la Ley del Estatuto de Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

(71) Art. 3 LO 2/2009, de 11 de diciembre.

(72) LO 4/2000, de 11 de enero, y LO 14/2003, de 20 de noviembre.

(73) MONEREO PÉREZ, 2010: 42-43.

La nueva Ley de Extranjería contempla los derechos reivindicados por el Tribunal Constitucional, otorgándoseles la calidad de derechos fundamentales, aplicables tanto a extranjeros como a nacionales. Este es el caso del derecho de reunión y manifestación, asociación, educación obligatoria, básica y gratuita, a los extranjeros hasta los 18 años, sindicación y huelga, a los servicios sociales, a la tutela judicial efectiva, y a la asistencia jurídica gratuita. La igualdad para el ejercicio de estos derechos se ha conseguido alcanzar a través de las sentencias del Tribunal Constitucional, que los han declarado derechos fundamentales. Se logra abrir así el disfrute de estos derechos para todos los extranjeros, sin ningún tipo de condicionamiento. El Estado español, en virtud del principio de igualdad, podría exceptuar el reconocimiento y ejercicio de estos derechos, siempre que las medidas restrictivas o limitativas se justifiquen de forma razonable y se ajusten a los fines legítimos. Han de resultar estrictamente necesarias para alcanzar el objetivo previsto en las normas.

Pese a todo ello, todavía subsisten derechos que únicamente corresponde ejercer a las personas nacionales, como el sufragio activo y pasivo para determinados comicios. Al tratarse de un derecho recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, debería justificarse caso por caso la negación de estos derechos para las personas inmigrantes, y con mayor fundamento por considerarse derechos ligados al principio democrático. No se propugna un reconocimiento de derechos absoluto para todas las personas inmigrantes, sino que el Estado, en su condición de garante de estos derechos, habría de someter su regulación al test de la proporcionalidad para justificar de manera razonable la existencia de un fin superior que obliga a impedir la participación de las personas inmigrantes o que aquel fin les exija el cumplimiento de unos requisitos razonables y proporcionados, como la residencia durante un cierto periodo de tiempo. Desde luego, no cabe más que plantear dudas en torno a que la nacionalidad sirva como único argumento para la negación de los derechos de representación política a las personas inmigrantes.

Ahora bien, en caso de que los derechos no se hallen contemplados ni reconocidos en ningún texto internacional, rige enteramente el Derecho interno y, más concretamente, la norma configuradora o delimitadora del Derecho. Esto es lo que sucede con los principios rectores de política social y económica reconocidos en la Constitución que, según el Tribunal Constitucional, no pueden considerarse Derechos Fundamentales. El legislador podría introducir excepciones o requisitos adicionales al ejercicio de los derechos por los extranjeros. Así sucede en materia laboral, en la afiliación a la Seguridad Social o en la asistencia sanitaria. En todos estos casos se les exige el empadronamiento para la asistencia social y la residencia legal, así como la obtención del permiso de trabajo para su filiación en la Seguridad Social y para la firma de los contratos de trabajo de acuerdo con la Ley. Se precisaría que el legislador ampliara el haz de facultades, derechos y atribuciones a los inmigrantes para que éstos pudieran ejercerlos y reivindicarlos ante los tribunales. El cumplimiento de aquellos requisitos condiciona su situación regular o irregular o, incluso, la posibilidad de ejercicio de ciertos derechos.

En este último grupo de derechos o prestaciones sociales las autoridades no pueden soslayar la inevitable vinculación de ciertos Derechos Fundamentales con la prestación de determinados servicios sociales, sanitarios o asistenciales. La misma Ley de extranjería ha previsto situaciones en las que es ineludible el ejercicio de las competencias públicas en materia de sanidad. La asistencia sanitaria viene condicionada con carácter general

al empadronamiento, con excepción de los supuestos en que las personas extranjeras se encuentren en riesgo grave de fallecer o cuando se requiere una atención urgente por causa de accidente. Puede apreciarse, así, la indeterminación de los supuestos en que merecen la atención las personas inmigrantes, puesto que la interpretación de algunos de estos conceptos puede resultar de lo más heterogénea. Aun así, en caso de duda debe prevalecer siempre el Derecho Fundamental que no puede desligarse de la asistencia sanitaria, como es la vida o la integridad física de la persona. En él no caben excepciones, pues no rige en ningún momento la asimetría de derechos entre nacionales y extranjeros.

Por otro lado, no puede ignorarse la alusión que el Tribunal Constitucional ha efectuado respecto a la dignidad de la persona como valor supremo e informador del resto de Derechos Fundamentales. Todo ello significa que, más allá de que algunos servicios sociales o derechos no reciban reconocimiento expreso a favor de las personas extranjeras, sean irregulares o no, las autoridades no pueden quedar indiferentes ante algunas circunstancias que afectan a la dignidad de las personas inmigrantes, como la alimentación, la vivienda y la misma asistencia sanitaria. En otras palabras, la Administración está obligada a intervenir para garantizar la dignidad de aquellas personas, más allá de su situación regular o irregular. La *vis expansiva* de la dignidad impediría abusos, desprotección e indefensión de personas que cuentan con una nacionalidad diferente.

Para finalizar, la asimetría en el reconocimiento de los derechos a las personas inmigrantes ha de someterse a ciertos matices e interpretaciones caso por caso respecto a la concurrencia de derechos que, en sí mismos, requieren altas dosis de precisión y definición, como «integridad física, dignidad, vida». En cualquier caso, las diferencias de trato previstas en las normas han de ponderar todos estos derechos con aquellos valores e intereses que tratan de protegerse mediante la imposición de condiciones para trabajar, recibir asistencia sanitaria o un alojamiento. Los derechos pueden resultar tan flexibles como pretendan las autoridades que los tutelan y no cabe prescindir de esta labor de protección y amparo.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJA, Eliseo y DÍEZ, Laura, «La regulación de la inmigración en Europa». *Colección Estudios Sociales*, 17, Fundación «La Caixa», 2005.

ARISTÓTELES, *Ética, libro V*, Editorial Gredos, Madrid, 2007.

BAÑO LEÓN, José María, «La Igualdad como derecho público subjetivo», *Revista de Administración Pública*, 114, Madrid, 1987.

BENEYTO PÉREZ, José María, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, tomo II, *Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2009.

BENHABIB, Sheyla, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2005.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, «La Inmigración y el mercado de trabajo en España», Informe 2/2004, de 28 de abril de 2004.

DE LUCAS, Javier, «Sobre las Garantías de los Derechos Sociales de los Inmigrantes», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 4, 2001.

— «Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración», en *Inmigrantes, ¿cómo los vemos? Algunos desafíos y malas respuestas*, Talasa, Madrid, 2002.

— «Inmigración y Globalización acerca de los presupuestos de una política de inmigración», Universidad de Valencia, REDUR, 1, 2003.

DE LUCAS, Javier y otros, *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, Unión Europea, 2003.

GARRETA BOCHACA, Juan, *La Integración Sociocultural de las minorías étnicas (Gitanos e Inmigrantes)*, Anthropos, Barcelona, 2003.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Inmigración y Derechos Fundamentales. Jurisprudencia, Legislación y Políticas Migratorias en España*. Universitas Internacional, Madrid, 2008.

GÓMEZ FERRER, Rafael y otros, *Derechos Fundamentales de los Extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

INE, Notas de Prensa, 29 de abril de 2010. En: <www.ine.es/prensa/prensa.htm>.

JUSTE RUIZ, J., «Inmigración, nacionalidad y extranjería: el marco jurídico internacional», en ÁLVAREZ CONDE, E. y PEREZ MARTÍN (coord.), *Estudios sobre Derecho de Extranjería,* Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005.

LASAGABASTER HERRARTE, I., «Reciprocidad y derechos fundamentales: en especial el derecho de voto de los extranjeros», *Revista Vasca de Administración Pública*, 85, 2009.

MARTÍN CUBAS, J., «El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del TC», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 53, 1998, p. 176.

MONEREO PÉREZ, Jose Luis, *Los Derechos de los Extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA ARINAS, René, «Prohibición de la Discriminación», en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, segunda edición, 2009.

VIDAL FUEJO, María del Camino, *Constitución y extranjería*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

IV. LA INMIGRACIÓN MARROQUÍ Y SU RETORNO EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA (1)

ROCÍO GALLEGO LOSADA

Profesora Titular Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

La inmigración marroquí y su retorno en el contexto de la crisis económica

En menos de una década (1998-2007), España se convirtió en un país receptor de inmigración incorporando a millones de extranjeros a nuestro mercado laboral, en un contexto de extraordinario crecimiento económico apoyado por una intensiva demanda del factor trabajo, especialmente el de baja cualificación. A partir del año 2007, la crisis económica ha venido a confirmar la fragilidad del empleo que se había creado en nuestro país, expulsando del mercado de trabajo a una parte significativa de esa población activa inmigrante. Pero también ha servido, de forma paralela, para constatar que no ha existido una marcada reducción de la población extranjera residente en nuestro país, o lo que es lo mismo, un incremento de las tasas de retorno voluntario. Por ese motivo, no puede elegirse mejor escenario que España para estudiar la parte más olvidada del proyecto migratorio: el retorno. En este trabajo se analiza cómo el impacto de la crisis económica influye sobre las decisiones de retorno de los inmigrantes y, en particular, nos centraremos en el colectivo marroquí que, por número, es, y ha sido, uno de los más representativos de este movimiento migratorio hacia nuestro país. En este sentido, los efectos de la crisis económica en España sobre los flujos migratorios marroquíes se han reflejado de manera mucho más destacable en la disminución de la emigración que en el incremento del retorno. Concretamente, dentro del colectivo marroquí, la decisión de retornar a Marruecos, además de por sus características personales y socioeconómicas, viene condicionada por la

ABSTRACT

Moroccan migration in Spain and its return within the economic crisis

In less than a decade (1998-2007), Spain became an immigration receiving country, incorporating millions of immigrants into our labour market, within an extraordinary economic growth context supported by an intensive demand of labour factor, specially low qualification. From the year 2007, the economic crisis has confirmed the fragility of employment, which was provided in our country, thus expelling from the labour market a significant part of such active working immigration population. At the same time, it can be confirmed that there has not been a noticeable reduction of such foreign born population in our country, in other words, an increase in the voluntary return rates. For this reason, Spain is a suitable scenario to study the most forgotten part of the migratory project: the migrant worker return. In this article, we analyse how the impact of the economic crisis influences the decisions of migrant worker return, focusing in the Moroccan collective which is, and has been, by number, one of the most representative of such migratory movements towards our country. Accordingly, the effects of the economic crisis in Spain on Moroccan migratory flows have been reflected in a more remarkable way in the decrease of inflows instead of the increase of migrant outflows. Specifically, within the Moroccan group, the decision to return to Morocco, besides personal and socio-economic characteristics is determined by the added difficulty of being able to return to Spain in case they wanted to do so later, which limits voluntariness of return.

(1) La presente publicación se ha elaborado en el marco del Proyecto I+D+I concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España titulado «La política migratoria en materia de retorno de los extranjeros no comunitarios» (DER 2009/13064), en la que es investigadora principal la Prof. Dra. Pilar CHARRO BAENA.

dificultad añadida de poder regresar a España en el caso de que desearan hacerlo posteriormente, lo que limita la voluntariedad del retorno.

Palabras clave: Retorno voluntario, inmigrantes marroquíes, crisis económica, programas de retorno, políticas de inmigración.

Key words: Voluntary return, morocco immigrants, economic crisis, return programs, migration policies.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DEL RETORNO.

1. Conceptualización.

2. Tipologías.

3. Revisión de la literatura.

III. LAS POLÍTICAS DE RETORNO EN EUROPA Y EN ESPAÑA.

IV. EL CASO MARROQUÍ.

1. Causas de la emigración marroquí hacia España.

2. Perfil de los inmigrantes marroquíes en España.

3. Impacto de la crisis sobre el colectivo marroquí en España.

4. Indicadores de retorno de la población marroquí.

V. REFLEXIONES FINALES.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

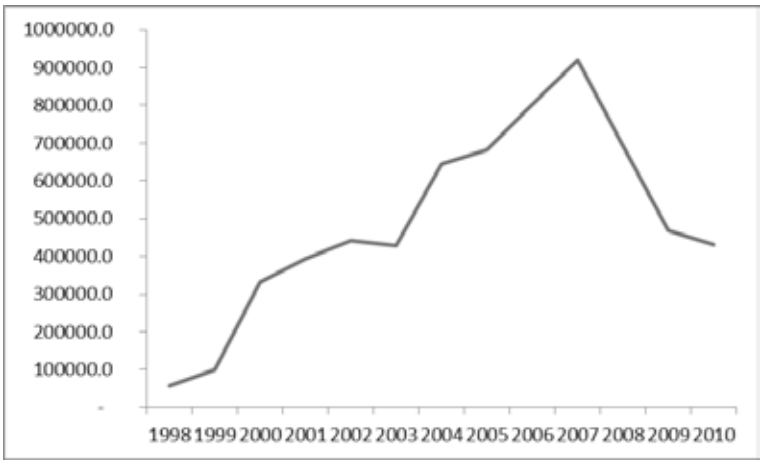
I. INTRODUCCIÓN

Nunca antes en la historia hubo un número tan elevado de personas desplazándose por el mundo. Según los datos de NACIONES UNIDAS (Organización Internacional de Migraciones OIM, 2009), el número de migrantes internacionales sufrió un fuerte aumento en la última década, pasando de 150 millones en el año 2000 a 214 millones en 2010. Esta cifra representa aproximadamente el 3% de la población mundial y equivaldría de manera simbólica al quinto país del mundo. La distribución se reparte prácticamente a partes iguales entre mujeres y hombres y, a su vez, en torno a 130 millones (61%) viven en países desarrollados mientras que alrededor de 84 millones (39%) lo hacen en países en desarrollo. Los trabajadores migrantes son cerca de 105 millones, y ellos y sus familias representan cerca del 90% del total de los migrantes internacionales (Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2010).

Mientras desde un punto de vista internacional la presencia de ciudadanos extranjeros es una realidad palpable desde hace muchos años en países con larga tradición migratoria,

como Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y, en Europa, Alemania, Reino Unido y Francia, en España el fenómeno migratorio es un hecho relativamente reciente. Así, es en el periodo 1998-2007 donde se produjo una entrada masiva de inmigrantes en nuestro país. El crecimiento record de la economía española durante los años 1995-2007 supuso que España se convirtiera en el destino europeo preferido de buena parte de los inmigrantes. Estos se incorporaron a nuestro tejido económico, tanto como oferentes como demandantes de servicios, atraídos por las oportunidades de empleo de un modelo de crecimiento que demandó más de 5 millones de nuevos puestos de trabajo entre los años 1998 y 2010. Así, si en el año 1998 había 637.085 extranjeros en España, el 1,6% respecto de la población total, se pasó a un total de 5.751.487 a 1 de enero de 2011, lo que venía a representar el 12,2% de la población española(2). Como se observa en la figura 1 las entradas, que eran muy reducidas hasta el año 2000, adquieren valores superiores a 300.000 anuales a partir de ese año, llegando a un máximo de 920.000 en el año 2007.

FIGURA 1. NÚMERO DE ENTRADAS DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA (1998-2010)



Fuente: Estadísticas de Variaciones Residenciales. INE

Nuestro país representó un caso claramente atípico dentro del patrón típico de desarrollo migratorio europeo por varias razones. En primer lugar, por la mayor intensidad en el ritmo de entrada. De acuerdo con REHER y SÁNCHEZ (2009), que utilizan datos de EUROSTAT, la intensidad de la migración internacional con destino a España (estimado como el número de inmigrantes llegados en un año sobre el total de la población), que se situaba a poco más de un tercio del nivel medio de los países europeos desarrollados, pasó a superar la media en más del 60% desde el año 2000. De hecho, en los años 2005 y 2006, la intensidad de la inmigración a España sólo fue superada por Irlanda y fue más del doble de la que se dio en las economías más fuertes de Europa (Alemania y Reino Unido). En

(2) A 1 de enero de 2011 la población española es de 47.190.493 personas: 41.439.006 nacidos aquí y 5.751.487 nacidos fuera (Padrón Municipal de Habitantes del Instituto Nacional de Estadística, INE). Estos datos intentan contabilizar en la población con nacionalidad no española tanto los que están en situación regular como los que no tienen papeles.

segundo lugar, España acoge actualmente a más del 17% de la población extranjera residente en Europa, lo que representaba en el año 2008 el 8% de la población del área EU-27. Por último, en España existe un alto porcentaje de extranjeros no comunitarios, que se sitúa en el 7,2% de la población, el más alto de la UE. Sirva como ejemplo que, en España, dos de las tres nacionalidades más numerosas no son europeas (Marruecos y Ecuador) y la presencia de la inmigración latinoamericana es del 30%, mientras que en Europa es sólo del 10% de los extranjeros (MAHÍA, 2010).

En términos generales, este extraordinario crecimiento de la inmigración se debe a un crecimiento récord del PIB real en España del 4,5% durante el periodo 2000-2007, una cifra mayor que el promedio de la UE (2,2% para la UE-15 y 2,4% para la UE-27), liderado por sectores de la actividad económica poco productivos y de escaso valor añadido como la construcción, los servicios de hostelería y el comercio, precisamente los sectores más afectados primeramente por la crisis. Además, ese crecimiento sin precedentes solo pudo apoyarse parcialmente en una oferta laboral nativa mermada como consecuencia del progresivo envejecimiento de la población[3] y el mayor retraso de la incorporación al mercado laboral de la población juvenil. Así, la ratio de reemplazo del mercado laboral se había situado en 1,2 en 2001[4], mientras que la población potencialmente activa (16-65 años) creció poco más de 50.000 personas al año entre 2001 y 2007. De este modo, el leve incremento de la tasa de actividad nativa (del 65,3% al 69,6%) y la moderada reducción de la tasa de desempleo nativo (3,5 puntos porcentuales acumulados de esos ocho años) se tradujeron en 2,5 millones de nuevos empleos nativos. Así pues, la migración dirigida a España en los últimos años ha tenido una finalidad, fundamentalmente, laboral y económica, y su integración en el mercado de trabajo ha contribuido al modelo de crecimiento económico de nuestro país (ROJO TORRECILLA y CAMÓS VICTORIA, 2005). La creación de casi 5 millones de nuevos empleos en este período se ha nutrido de la incorporación al mercado de trabajo español de 2,5 millones de ocupados extranjeros, que procedían, en el 95% de los casos, de países en desarrollo.

Junto a estos dos factores, demográfico y económico, que explican por qué España se convirtió en uno de los países más destacados en la recepción de inmigración, se debe añadir un tercer factor de política migratoria. El mercado laboral español se ha nutrido de un volumen muy importante de inmigrantes indocumentados y con muy baja cualificación profesional y académica. Un análisis retrospectivo permite constatar que la política migratoria no sirvió para controlar de forma efectiva los flujos migratorios, de tal modo que las entradas de irregulares se convirtieron en la norma y no en la excepción. De esa manera, un importante número de inmigrantes irregulares lograron un puesto de trabajo en el mercado informal, lo que fomentó la escalada y prevalencia de la economía sumergida. Esta falta

(3) Los estudios internacionales de prospectiva y proyecciones estimadas por la Organización de Naciones Unidas (ONU) sitúan a España en el año 2050 como el país más envejecido del mundo, aproximándose al 40% de la población por encima de los 60 años (*Population Ageing and Development*, 2009).

(4) La ratio de reemplazo compara el número de individuos que se incorporan al tramo de edad potencialmente activa (mayores de 16 años) con aquellos que salen de ese mismo colectivo al cumplir los 65 años. Una tasa de reemplazo de 2 indica, por ejemplo, que por cada trabajador que «sale» de la población potencialmente activa se incorporan dos nuevos jóvenes potencialmente activos. Esta ratio llegó a alcanzar valores de 2,3 a principios de los años 1980, según fueron incorporándose los *baby boomers* a la fuerza laboral. Sin embargo, el efecto *baby boom* llegó a su fin a principios de los años 1990, alcanzando una ratio de 1,1 en 1999, una ratio que se ha mantenido hasta la actualidad.

de control fue potenciada con sucesivos procesos de regularización de inmigrantes, que otorgaron la residencia legal a buena parte de estos, lo que a su vez impulsó la llegada de nuevos inmigrantes irregulares.

A partir del año 2008, la situación comienza a cambiar dramáticamente resultado de la crisis económica y financiera mundial. El factor más relevante ha sido el brusco aumento de las tasas de desempleo debido a la caída de los sectores impulsores del crecimiento español, el más importante el de la construcción. Según los datos del padrón municipal del INE, si en la época del «boom» demográfico llegaba a nuestro país una media de medio millón de nuevos ciudadanos cada año, de 2010 a 2011 sólo se han registrado 3.753 extranjeros. Junto con el ajuste de los flujos migratorios, cabe preguntarse si, además, se está produciendo un mayor retorno de los migrantes a sus países de origen. El análisis de los inmigrantes marroquíes es especialmente relevante porque es un colectivo que se está viendo especialmente afectado por la crisis económica, debido a los tipos de empleo que han ocupado tradicionalmente dentro del sistema productivo español, generalmente trabajos de carácter temporal, en sectores como la construcción, y con perfiles de escasa o baja cualificación profesional. Este artículo pretende reflexionar sobre las causas del flujo migratorio marroquí en España, y sobre las razones que favorecen o inhiben el retorno de los inmigrantes marroquíes a su país de origen. Para ello, se realizará un análisis de la migración de retorno, tanto a nivel micro como macro, considerándola como un proceso complejo, dinámico y vivo, en el que la decisión de retornar al país de origen o de permanecer en el país de destino está determinado por una serie de condicionantes muy amplios, que van desde las cuestiones de ámbito económico hasta las condiciones sociales, políticas y jurídicas que están insertas en este proceso.

En el siguiente apartado se revisan el concepto y los tipos de retorno y, posteriormente, se realiza una revisión de la principal literatura existente. En el tercer apartado se analizan las principales políticas de retorno instauradas en Europa y España para pasar al siguiente apartado, que se centra concretamente en el estudio del colectivo marroquí. En ese sentido, se exponen sus antecedentes, los motivos por los que han emigrado a España, su perfil socioeconómico, y su inserción laboral, antes y después de la crisis. Asimismo, se revisan los diferentes indicadores de retorno que influyen en la decisión de los inmigrantes marroquíes de permanecer en España o volver a su país de origen. En el último apartado se ofrecen las principales reflexiones finales.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DEL RETORNO

1. Conceptualización

La migración, tanto emigración como inmigración, se define como un fenómeno ordinario en la movilidad de una persona a lo largo de su vida, desplazamiento que se produce desde el lugar de origen al lugar de destino, para residir de forma estacional (migración temporal) o de forma permanente fuera del lugar de origen (migración definitiva o migración sin retorno). En la práctica no siempre la migración es definitiva, sino que muchas veces es de *retorno.* Según la definición recogida en el glosario de la Red Europea de Migraciones, el retorno, que puede ser o no voluntario, «consiste en el movimiento de una persona que

vuelve bien a su país de origen, a su país de nacionalidad o a su país de residencia habitual normalmente después de haber pasado un periodo de tiempo significativo en otro país».

Sin embargo, el retorno no tiene por qué ser la última etapa del proceso migratorio, la migración es un evento circular que acarrea la circulación de emigrantes, o la «ida y vuelta» entre el país de origen y el país de destino (CHARRO, 2011). Así, el emigrante podría volver al mismo lugar de partida (reflujo migratorio), puede re-emigrar, si lo hace a otro lugar de la misma región o del país de origen y, por último, puede optar por una nueva emigración, atendiendo a si la migración ha sido extralocal, extrarregional o internacional (EGEA, 2010). En este artículo se analizará el retorno en «sentido amplio», es decir, incluyendo un nuevo lugar de destino, y no el retorno «en sentido estricto», únicamente a su país de origen, residencia habitual o nacionalidad.

En la literatura de la migración, el término comúnmente utilizado para hacer referencia a la «vuelta de emigrantes» al lugar de origen es el de *emigración de retorno*. Se mantiene así la condición de salida del lugar de origen (*emigrante*), añadiéndole otro término que indica el regreso (*retorno*); es decir, se evoca a los emigrantes que vuelven al lugar de salida, tratándose de una inmigración protagonizada por personas que anteriormente fueron emigrantes desde ese mismo ámbito.

KING señala que la migración de retorno completaría un ciclo migratorio «cuando la población regresa a su país o región de origen después de un período significativo en el extranjero o en otra región» (KING, 1986). Las NACIONES UNIDAS, en el año 1986, definieron a los retornados como «aquellas personas que tienen la nacionalidad del país al que llegan, han pasado al menos un año en el extranjero y han retornado con la intención de permanecer al menos un año en el país de su nacionalidad».

Frente a la abundancia de estudios dedicados a las migraciones internacionales, la migración de retorno ha permanecido durante largo tiempo en posiciones marginales, y solo recientemente el retorno se ha convertido nuevamente en área de interés de los estudiosos de la dinámica migratoria internacional. RAVENSTEIN (1885) fue uno de los primeros autores que definió este fenómeno en sus estudios de población, argumentado acerca de si más que de un movimiento de retorno se trataba de un movimiento en dirección opuesta a la corriente dominante. Según una de sus famosas leyes, «cada corriente migratoria produce una contracorriente compensadora». Posteriormente, las tres afirmaciones conocidas como leyes de retorno que formuló BOVENKERK no poseen mayor capacidad explicativa ni tampoco mayor precisión que las precursoras de RAVENSTEIN. Referidas con brevedad, se atiende a las siguientes observaciones:

a) a menor distancia entre el país de origen y destino, mayor frecuencia en los casos de retorno;

b) a mayor duración de la estancia de los emigrantes en el lugar de destino, menor probabilidad de retorno;

c) la alteración del equilibrio económico entre los lugares de origen y destino afecta al volumen poblacional de retorno (BOVENKERK, 1974:8, *cit*. en CASTILLO, 1997).

2. Tipologías

A pesar de que, como se ha visto, no existe un acuerdo en la forma de definir el retorno dada su complejidad y las diferentes tipologías de movimientos que se pueden producir en la historia migratoria personal (KING, 2002), los distintos trabajos sobre la migración de retorno sí han puesto de manifiesto distintas clasificaciones en torno a las tipologías más recurrentes de este concepto, dependiendo de los objetivos de la investigación y los datos utilizados, a través de trabajo de campo (encuestas) o mediante entrevistas en profundidad (ÁLVAREZ, 1997 y DURAND, 2004).

Entre los cambios macroeconómicos que pueden incidir en la decisión de retornar se encuentran una recesión (por ejemplo, la crisis económica en España desde 2007 y el nivel de desempleo se relaciona con un aumento del retorno, como se verá más adelante) o el surgimiento o recrudecimiento de la violencia en el país de destino; así como la mejora en las condiciones socioeconómicas y políticas en el país de origen. Los cambios en las circunstancias personales contemplarían desde el envejecimiento del emigrante, la necesidad de asumir responsabilidades familiares en los países de origen, o la enfermedad o muerte de algún familiar (LUCAS, 2005).

Los enfoques teóricos más destacados enfocados a quién toma la decisión del retorno identifican dos categorías:

— el retorno llamado voluntario, que a su vez se puede catalogar como exitoso o no;

— y el retorno obligatorio o forzoso.

En ambos casos, estas tipologías engloban lo que se viene a conocer como retorno normativo que, o bien forma parte de una política gubernamental con programas de retorno asistido que, como señala AGUELO (2012), «es el único retorno jurídicamente tal», o bien engloba las políticas de expulsión de inmigrantes ilegales de los diferentes gobiernos. Otras aproximaciones de las clases de retorno se basan en el tipo de objetivo o planificación de la emigración, distinguiendo entre el retorno de conservadurismo y el de innovación.

En cuanto al llamado retorno voluntario, y siguiendo el glosario de la Red Europea de Migraciones (utilizadas en la mayoría de los estudios sobre retorno realizados en los países de la UE), se define como «el proceso de regreso de manera bien asistida, bien independiente, al país de origen, de tránsito o a un tercer país, llevado a cabo libremente por el retornado». Como se señaló anteriormente, se define como exitoso cuando la persona vuelve a su país de origen, de nacionalidad o residencia habitual, en un retorno previsto o planificado, después de una larga estancia en otro país o cuando se produce la jubilación.

También puede formar parte de una política gubernamental, o incluso puede ser transgeneracional (hijos, nietos, bisnietos), donde ya no se produciría el retorno del propio migrante sino de su descendencia, un fenómeno cada vez más relevante y que empieza a ser estudiado. Así, los emigrantes tienen la posibilidad de permanecer residiendo en el país de destino o de retornar. La decisión de retornar 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 y, por tanto, se ingresa nuevamente a una fase de toma de decisiones.

En cuanto al llamado retorno de fracaso, este aparece cuando el migrante ha tenido una experiencia negativa, como pudiera ser el racismo o la discriminación, ya sea por inadap-

tación al país de destino, o por razones de desempleo en el lugar de destino, quizá una de las razones más actuales para decidir retornar, si pueden vivir en mejores condiciones en su país de origen. No obstante, podría darse una crisis y recesión profunda en el país de destino del inmigrante y no darse un retorno masivo de inmigrantes. Como señala PAJARES (2010), «los efectos de las recesiones son mucho más importantes en la disminución de la emigración que en el incremento del retorno». De esta forma, la crisis económica global de estos últimos cuatro años aparece como telón de fondo para las decisiones de retorno de los inmigrantes, especialmente aquellos que han sido especialmente golpeados por la misma, les hace reevaluar su proyecto migratorio en función de la reconfiguración de nuevas expectativas, y de las proyecciones que los inmigrantes hacen de su futuro y el de sus familias. Así, algunos factores determinantes para el retorno que podrían ser percibidos como de naturaleza estrictamente privada, en realidad no pueden ser disociados del contexto macrosocial, y demuestran cómo las tramas de lo global, local y familiar se imbrican.

El retorno de fracaso también pudiera deberse a una emigración desarrollada durante un breve tiempo, a lo largo del cual se ha realizado un trabajo en condiciones precarias y de baja cualificación.

El segundo tipo de retorno, el denominado forzoso, hace alusión a que, frente a la amenaza del uso de medidas coercitivas por parte de las instituciones gubernamentales del país de destino, el migrante debe volver a su país de origen. Puede ser el de trabajadores temporales donde el retorno llega cuando expira el contrato[5], por razones políticas (refugiados, deportados, etc.), raciales, o porque el inmigrante no se encuentra de manera regular (no tiene los documentos exigidos para residir en un país distinto al suyo) o también porque, estando documentado o no, es requerido a abandonar el país de destino por una infracción legal (expulsiones). En el retorno forzoso, la persona inmigrante puede acatar voluntariamente la obligación de regresar (salida voluntaria) o ser necesario el uso de la fuerza.

Pasando a los tipos de retorno basados en el tipo de objetivo de la emigración, y en función de si se ha emigrado por la búsqueda de un objetivo más o menos elaborado previamente, se puede distinguir el llamado retorno de conservadurismo, que identifica a aquellos emigrantes retornados que han dedicado el tiempo en la emigración, casi con exclusividad, a trabajar y ahorrar lo más posible para, al regresar, elevar su nivel de vida original. Esto les ha mantenido lejos de cualquier actividad o inversión que supusiese gastos extraordinarios, ya que han tenido siempre presente la idea del regreso, lo que explica que nunca hayan perdido el contacto con el lugar de origen, bien con visitas esporádicas y/o manteniendo bienes materiales. Es más, y como señala PAJARES (2009), «parece más bien que las personas que se acogen a las ayudas al retorno ya tenían la decisión previa de retornar, y la existencia de estos programas apenas incrementa el número de quienes se plantean el retorno».

El otro tipo de retorno sería el llamado de innovación, en el que se identifica a los emigrantes que aspiran, con el regreso, a elevar su nivel de vida, pero tomando como referencia las pautas de la sociedad donde han sido emigrantes (CERASE, 1974).

(5) En los últimos años, en los países desarrollados ha ido creciendo el interés por la inmigración temporal, y se han ido desarrollando programas cuyo objetivo es facilitar la venida de los inmigrantes, así como su retorno cuando acaba su contrato temporal de trabajo. Estos programas han sido muy utilizados fundamentalmente en el sector agrícola, pero cada vez son más habituales en otros sectores.

Con todo, debe conocerse el porcentaje de emigrantes que deciden retornar, sus características (edad, sexo, situación laboral, sector de trabajo, etc.) y los determinantes macro en el momento del retorno para que el análisis sea, por tanto, comparativo, realizando una comparación entre la situación previa al retorno y la situación posterior, tanto en el país de destino como en el de origen. De ahí que algunas de las explicaciones que se han dado para esclarecer las causas y la permanencia del flujo puedan también explicar, en sentido inverso, por qué algunos migrantes toman la determinación de regresar. Sin embargo, no se puede hacer una transposición mecánica de las teorías en sentido inverso, ya que el retorno tiene especificidades que obligan a repensarlo teóricamente.

3. Revisión de la literatura

A pesar de que la migración de retorno es un fenómeno sociodemográfico, político y económico relevante, los logros académicos en este campo han sido escasos, quizá porque, como señala KING, la migración de retorno es «el capítulo más grande no escrito en la historia de la migración» (KING, 2002: 7), o porque los datos disponibles suelen prestarse sin más al análisis sociológico. En todo caso, parece claro que las teorías vigentes sobre la migración no han atendido como corresponde al retorno. Sin embargo, sí se puede afirmar que, en estos últimos años, este proceso social como parte integral de la dinámica migratoria se ha venido convirtiendo en una preocupación de instituciones internacionales, gobiernos y organizaciones de la sociedad civil.

En las últimas décadas se han publicado numerosas investigaciones de diferentes disciplinas acerca del retorno voluntario de migrantes a su país de origen (CASSARINO, 2004). La mayoría de ellas ha perseguido proveer a los actores políticos e instituciones estatales de instrumentos para motivar a la población migrante a emprender su retorno, o de instrumentos para apoyar la reinserción en el país de destino. Así, ha sido habitual encontrar análisis de las relaciones entre las políticas de migración y las de desarrollo, así como del impacto que ambas tienen sobre las decisiones de las personas inmigradas de retornar voluntariamente a sus países de origen, y del estudio del efecto de la migración de retorno sobre el desarrollo económico de los países de origen, que hasta ahora ha tenido una escasa atención. Un estímulo para esta preocupación ha sido, sin lugar a dudas, analizar los efectos que sobre las remesas, el empleo y los ingresos, está generando la actual y profunda crisis económica global, tanto en los países de origen como de destino.

Por tanto, para el análisis del retorno es necesario revisar algunos de los estudios realizados y así disponer de una visión más amplia de las políticas que pueden adoptar los Estados o las organizaciones internacionales, para que el retorno de las personas emigradas sea beneficioso para todas las partes implicadas. En este sentido, la revisión bibliográfica se ha llevado a cabo, sin ánimo de ser exhaustivos, a través del análisis de tres tipos de fuentes: informes oficiales, a través de normativas y estadísticas emitidas principalmente en el ámbito internacional y español; documentos y propuestas emitidas por ONGs defensoras de migrantes o ejecutoras de programas de retorno asistido; y, por último, artículos realizados recientemente sobre el retorno de los extranjeros desde España (ROJO, 2010)[6].

(6) Revisión bibliográfica inspirada en la en la ponencia de D. Eduardo ROJO, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.
<http://eduardorojoblog.blogspot.com/2010/06/el-retorno-voluntario-de-los.html>.

— ONU (2010). *Informe de las Naciones Unidas sobre Migración Internacional y Desarrollo, preparado para la 65.ª sesión de la Asamblea General* (A/65/203). Este informe de las Naciones Unidas realiza un análisis del impacto de la crisis sobre el posible retorno de los inmigrantes a sus países de origen. En este sentido, se señala que el retorno no va a afectar a un gran número de personas, ya que la mayor parte de los migrantes están establecidos de forma regular y permanente en sus países de destino o acogida, con los mismos derechos y obligaciones que los nacionales, y de ahí que salvo casos aislados «no se han documentado hasta el momento aumentos importantes en la migración de regreso de los países desarrollados». El impacto de la crisis ha sido, además, distinto según cada país afectado, y solo una parte de la inmigración puede verse afectada jurídicamente por las decisiones gubernamentales para restringirla o limitarla, principalmente la que llega al país de acogida por razones de índole económica.

— OCDE (2011 y 2008b). *International Migration Outlook: SOPEMI*. El último informe anual del 2011 apunta a una reducción drástica de las entradas por motivos laborales, un aumento significativo de los flujos de retorno y, como resultado, una ligera disminución del volumen de inmigrantes. Además, cabe destacar el informe del año 2008, que dedica un capítulo a las migraciones circulares y a las políticas de retorno de los inmigrantes a sus países de origen, con objeto de conocer mejor la realidad del retorno de inmigrantes a sus países de origen. Así, se señala que, dependiendo de los países de destino, entre el 20% y el 50% de los inmigrantes abandonan el país de acogida en los primeros cinco años de estancia, ya sea para volver a su país o para desplazarse a un tercer Estado. Y, preferentemente, son tanto los que disponen de mayor cualificación profesional, como aquellos que tienen menor nivel, los más propensos al retorno. También la diferencia económica y social entre el país de origen y el de acogida influye sensiblemente en la decisión de regreso, ya que cuanto menor es esa diferencia mayor es el número de personas regresadas, o dicho de otra forma, las tasas de retorno a los países de la OCDE son dos veces más elevadas que las de los países en desarrollo. Por último, se señala que la mayoría de los retornos se producen durante los tres primeros años, y a partir de los cinco años de estancia en el país destino (y también cuando se ha producido el reagrupamiento familiar) disminuye sensiblemente, salvo entre los migrantes que llegan a la edad de jubilación. También señala que este abandono es mayor en los países europeos, mientras que Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda son los países más exitosos reteniendo a sus inmigrantes.

— OIT. Instituto Internacional de Estudios Sociales (2010). *Faire des migrations un facteur de développement. Une étude sur l'Afrique du Nord et l'Afrique de Ouest.* Este estudio se ha centrado en el análisis de cinco países africanos (Argelia, Mauritania, Marruecos, Senegal y Túnez), donde todo un capítulo se ha dedicado a las políticas de retorno y a cómo conseguir que las mismas se conviertan en una palanca del desarrollo de los países de origen. Entre las conclusiones obtenidas destaca que menos del 50% de los individuos en edad de trabajar eran activos, y menos de un 25% de las mujeres de esta categoría disponían de un empleo en el momento del estudio. Se constata con este análisis que la razón económica y la búsqueda de una mejor situación profesional ha sido fundamental en el éxodo de los más de 2,7 millones de emigrados de estos países hacia países desarrollados y una progresión de más de 1 millón desde 1998. Y se aportan datos estadísticos significativos, como que más de dos tercios de los hombres marroquíes han emigrado a España

por las razones citadas, o que las trabajadoras migrantes del mismo origen que residen en Francia perciben un salario 16 veces superior al que recibirían en Marruecos, que se reduce a 6 veces cuando se trata de varones[7].

Respecto al retorno, el estudio concluye que «muy pocos inmigrantes (de los 5 países examinados) manifiestan tener proyectos de retorno en un futuro inmediato» y «generalmente, la contribución al desarrollo de la migración de vuelta depende de una serie de factores». «El contexto que prevalece en los países de origen, las condiciones del mercado laboral local y el clima de los asuntos, pueden desempeñar un papel significativo en la determinación de la buena reintegración de los emigrantes que regresan. Es función también de una serie de factores individuales, en particular la capacidad de empleo y la pertinencia de sus competencias (en particular, aquéllas obtenidas en los países de destino) en sus países de origen».

— CASSARINO, J.P. (ed.) (2008). Robert Schuman Centre for Advanced Studies. *Return Migrants to the Maghreb Countries. Reintegration and Development Challenges*. Global Report Mirem Proyect[8]. European University Institute. Florencia. Este informe, basado en una muestra de alrededor de mil entrevistas con los repatriados en Marruecos, Argelia y Túnez, determina la configuración de los patrones y múltiples factores a considerar de los migrantes que regresan. Su novedad radica, además, en que hace una distinción entre los migrantes que decidieron regresar y los que estaban obligados a hacerlo. Los datos analizados en este estudio muestran que las pautas de reintegración de los retornados vienen determinadas por el lugar de reintegración, la duración y el tipo de la experiencia migratoria, así como de los factores y circunstancias que motivan el retorno. Como conclusión más relevante señala que existe una gran variedad en el perfil de los retornados, que difieren unos de otros en función del nivel de preparación que poseen y de su capacidad para reunir los recursos necesarios para su reintegración. El retorno no es un fenómeno, sino más bien un proceso que requiere tiempo. La relación entre retorno y desarrollo variaría en función del nivel de preparación de los retornados. Además, las condiciones imperantes antes y después del retorno y la decisión de regresar demuestran tener una importancia primordial, siendo estos elementos una parte integrante del proceso de preparación del retorno. La propia voluntad individual del migrante influye enormemente en el proceso de preparación del retorno, así como en su capacidad de movilizar los recursos necesarios para su reintegración social y profesional en su país.

— AWAD, I. (2009). *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*. Ginebra. ILO. Según este autor, en la mayoría de los estudios sobre las migraciones internacionales se llega a la conclusión de que las crisis no producen retornos masivos. AWAD (2009, 55-56) sintetiza: «Primero, los inmigrantes documentados, cubiertos por sistemas de seguridad social podrían perder su derecho a prestaciones si se van. Segundo,

(7) Los trabajadores migrantes argelinos y tunecinos percibían entre 3,4 y 8 veces el montante del salario medio de su país de origen, y los trabajadores marroquíes en España ingresaban entre 4,5 y 10,5 veces más el salario medio de hombres y mujeres, respectivamente, que en su país de origen.

(8) El proyecto MIREM se estableció para prestar apoyo al proceso de reintegración de los migrantes en sus países de origen y para comprender adecuadamente las repercusiones de la migración de retorno en los países del Magreb. Véase <http://www.mirem.eu>.

las mucho más pobres oportunidades en el mercado laboral en los países de origen en comparación con los países de destino pueden tener un efecto disuasorio contra el retorno (…)». Además, «debido al coste relativamente alto de la migración, los trabajadores no cruzan las fronteras frente a la escasa demanda de mano de obra en el país de destino. El coste de la migración y la dificultad de volver a entrar en el país de destino cuando se mejora el desempeño económico también puede explicar la decisión de los trabajadores a no volver a sus países de origen».

— LACUESTA, A.; PUENTE, S. (2010). *Comportamiento cíclico de las entradas y salidas de inmigrantes.* Banco de España. Se toma como punto de referencia de este artículo el análisis del flujo anual de inmigrantes del periodo que transcurre desde 1980 a 2004 entre los principales países de origen hacia los países de la OCDE. Y para ello se trabaja con la información obtenida por los datos del padrón municipal, y más concretamente con la recogida tras la Ley Orgánica 14/2003, que fijaba la renovación del padrón de extranjeros no comunitarios y no permanentes cada dos años. Entre las conclusiones del estudio destaca la que señala que las salidas de España son cuantiosas, pudiendo llegar a una tasa de salida cercana al 30% para los no comunitarios y para inmigrantes no permanentes. Además, parece demostrar que la relación con el ciclo económico parece reducida. En este sentido, el determinante fundamental de la evolución de las salidas a corto plazo sería el dinamismo de las entradas de inmigrantes, por lo que cabe esperar una moderación asociada a los menores flujos de inmigrantes recibidos en los últimos trimestres. En todo caso, esta estimación quedaba sujeta a un grado de incertidumbre elevado, asociada a la menor disponibilidad de información estadística.

III. LAS POLÍTICAS DE RETORNO EN EUROPA Y EN ESPAÑA

Las políticas de retorno de personas inmigrantes en Europa y España no son una novedad, ya que en Europa, en la década de los setenta y ochenta del siglo XX, países como Alemania, Francia, Holanda o Reino Unido pusieron en marcha programas de retorno con poco éxito. Estos programas de retorno tomaron especial protagonismo en el contexto de una crisis económica mundial (la de 1973) y dentro del paquete de medidas que entonces los gobiernos de estos países consideraron oportunas para reducir el número de inmigrantes. En este sentido, en la última década, la Unión Europea, en el marco del trabajo de construcción de una política de asilo y migración común iniciada en Tampere en 1999, ha considerado también oportuno diseñar políticas e implementar programas de retorno de personas inmigrantes, si bien enfatizando más las de retorno de personas en situación irregular, ya sea este un retorno voluntario o forzoso (FAMSI, 2010).

Así, la política de retorno es considerada una parte crucial de la lucha y gestión de la inmigración irregular[9] y se considera una herramienta esencial para la estabilidad de los

(9) Propuesta de 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, Bruselas, 1-9-2005, COM (2005) 391 final.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= COM:2005:0391:FIN:ES:PDF>.

países de acogida y la «integridad» de sus sistemas migratorios. Por tanto, una mayor colaboración entre los países receptores y emisores tiene como objeto atenuar el impacto de los retornados cuando vuelven a sus países de origen en términos de estabilización socioeconómica, su integración de nuevo en la sociedad y en el mercado laboral (BENLLOCH, CHARRO, OLIVÁN, 2011).

En junio de 2008 se aprobó la llamada «Directiva del Retorno»[(10)], que preveía detenciones que podrían llegar hasta 18 meses para los indocumentados que no cooperasen para su identificación y una prohibición de retorno a la Unión Europea de hasta cinco años, lo que provocó protestas de la Organización de Estados Americanos y otras organizaciones de países fundamentalmente con población migrante.

Pero ya desde el año 2002, y especialmente después del Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002, la consolidación de una política de retorno comunitaria se convirtió en una prioridad absoluta para la Unión Europea (UE) y sus Estados Miembros, ya que se la consideró como una parte constituyente de una política comunitaria integral sobre la inmigración y el asilo (CASSARINO, 2007). La migración circular y la introducción de los programas de trabajo temporal para los emigrantes están ganando gradualmente impulso en las negociaciones bilaterales y multilaterales entre la Unión Europea y sus vecinos norteafricanos, especialmente desde la introducción del enfoque global a la migración por parte de la UE en el Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 2005.

En el caso español, las políticas migratorias de retorno se comienzan a impulsar también en los años ochenta, pero entonces en su condición de país de emigrantes, tanto políticos como económicos, tal como se promulga en el artículo 42 de la Constitución Española: «El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno». Sin embargo, «el modelo jurídico-legal, y más concretamente la política de inmigración española, se ha caracterizado hasta fechas recientes por una escasa ordenación de los flujos migratorios laborales».

Y es que, como ya hemos señalado anteriormente, durante la década pasada (1998-2007) España pasó de ser un país de emigrantes para convertirse en un tiempo récord en destino principal de la inmigración recibiendo un gran número de inmigrantes, situación que ha cambiado radicalmente a raíz de la profunda crisis económica que vive nuestro país desde el 2008 y que ha acabado por dar término a ese proceso, disminuyendo drásticamente el número de inmigrantes recibidos y obligando a emigrar a un gran número de nacionales y foráneos hacia otros países.

Esta drástica ralentización del flujo migratorio se explica por varios motivos. Uno de los más destacados es la apuesta del gobierno de España por las políticas restrictivas. Estas políticas están destinadas a recortar la oferta de trabajo de los inmigrantes como medio de paliar los efectos de la crisis en el desempleo, a través del paulatino endurecimiento de las condiciones de la entrada legal de inmigrantes por motivos laborales. En este sentido,

(10) Esta Directiva pretende promover el concepto «retorno voluntario» de los inmigrantes ilegales. Esto consiste en que la persona indocumentada recibe la orden de retorno y deberá abandonar «voluntariamente» el territorio de la Unión. Los países pueden elegir el plazo máximo para el «retorno voluntario» en un intervalo de entre 7 y 30 días.

conviene recordar los principios básicos que han inspirado la política inmigratoria española desde el año 2004, y que se derivan de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), concretamente de su artículo 2 bis, y que están en sintonía con los principios que se han ido formulando en la Unión Europea de forma paulatina. Entre dichos principios está la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo y la lucha contra la inmigración irregular, entre otros. Así, a enero de 2011 hay como máximo unos 400.000 inmigrantes en situación irregular, lo que supone el 7% del total de extranjeros en España o el 13% de los extranjeros no comunitarios. Sin embargo, dada la sobrestimación de los inmigrantes en el Padrón municipal y la infraestimación de las cifras oficiales de residentes en situación legal, se puede estimar que el número de irregulares en España rondarían los 250.000, es decir, un 5% del total de extranjeros en España o un 8% de los no comunitarios. Por tanto, el sistema de gestión de flujos gestionado por la ley de extranjería ha funcionado razonablemente bien (AYSA-LASTRA y CACHÓN, 2011). Las medidas concretas que se han implantado son: la extensión del visado de entrada a un número cada vez mayor de países, las mayores restricciones al reagrupamiento familiar, limitaciones o incluso reducción a cero de la contratación en origen recortando el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, el incremento en la penalización por entrada ilegal y, por último, la promoción del retorno mediante la capitalización de las prestaciones. Sirvan como ejemplo de estas medidas restrictivas las restricciones impuestas para que los ciudadanos de Rumania y Bulgaria, recientemente incorporados al Espacio Económico Europeo, puedan trabajar en nuestro país. Además, es probable que los flujos migratorios de estos países tiendan a remitir en la medida en que el crecimiento económico de estos siga el ya experimentado por otros nuevos estados miembros de la UE.

Además de las anteriores reformas, también se ha tratado de promover el Retorno Voluntario. En efecto, sin conexión con la normativa europea, el nuevo Reglamento de Extranjería de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado a través del Real Decreto 577/2011, de 20 de abril[11], sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, trata de articular respuestas jurídico-normativas tomado en consideración «el cambio de ciclo económico» que viene dado por el contexto de la crisis económica, lo que le obliga a acomodar las previsiones legales a tales circunstancias (AGUELO NAVARRO y CHUECA SANCHO, 2011). Así, el Reglamento regula expresamente el retorno voluntario, extendiéndolo también a los supuestos en el que el retorno se produce al margen de cualquier programa reconocido por el Estado, y que puede fomentarse en cierta medida vinculada a la idea de circularidad (GONZÁLEZ BEILFUSS, 2011). Sin embargo, estas políticas que estimulan el regreso voluntario de los trabajadores extranjeros desempleados en los países de destino no terminan de alcanzar los objetivos planteados. El retorno normativo, voluntario, oficial y regulado mediante programas de retorno asistido está en la actualidad vigente en España a través de tres programas:

(11) El anterior y ya derogado Reglamento de extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre, BOE del 7 de enero de 2005) fue aprobado en un momento económico muy distinto al actual, en el cual el mercado de trabajo español demandaba mano de obra por el *boom* del sector inmobiliario y, por tanto, requería de canales que agilizaran la contratación.

a) Retorno por causas humanitarias o de «atención social», que se dirige a personas en situación de vulnerabilidad social, gestionado por algunas ONGs que pagan el pasaje a inmigrantes sobre todo ilegales y sin recursos, lo que significó que en los últimos dos años volvieran a sus países unas 6.000 personas;

b) Retorno asistido con reintegración o productivo, que se dirige a personas que asumen la obligación de poner en marcha un proyecto emprendedor en el país de origen. Para ello se les ofrecen cantidades que van desde los 1.500 euros a los 5.000 euros;

c) Plan de retorno voluntario, que permite regresar al país de origen con la capitalización de la prestación por desempleo a que se tenga derecho, siempre que haya convenio suscrito bilateral en materia de Seguridad Social (con 20 Estados)(12). El Plan de Retorno Voluntario consiste principalmente en que el gobierno español abona el seguro de desempleo en dos pagos, uno (del 40%) antes del retorno y otro (del 60%) al llegar al país de origen del inmigrante, y obliga a que la persona que retorna no pueda regresar a España hasta tres años después de irse(13). En teoría no perderían sus derechos acumulados en España, como, por ejemplo, la cotización por su trabajo, o bien que los periodos de residencia previa fueran computados a efectos de acceso a la residencia de larga duración, lo cual pretende evitar una de las razones principales por las que el retorno voluntario no se produce en la práctica. Se trata, en definitiva, de que no tengan que empezarse a computar de nuevo el plazo de cinco años de residencia continuada cuando se hubiera residido legalmente, se hubiera retornado voluntariamente y se hubiese cumplido con el compromiso de no regreso adquirido en el momento de retornar. Por tanto, en principio, tendrían «prioridad» para regresar a España una vez transcurridos esos tres años(14).

Los datos más recientes, obtenidos de fuentes oficiales del MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL(15) muestran que hacia finales de 2010 se habían aprobado 15.000 solicitudes (625 al mes)(16), lo que apenas supondría un 15% sobre las previsiones iniciales, cifra claramente escasa después de 24 meses de su puesta en funcionamiento, lo

(12) El 19 de septiembre de 2008 (BOE del 20) el gobierno español promulgó el Real Decreto-ley 4/2008 «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».

(13) El incentivo al retorno voluntario fue objeto de desarrollo posterior mediante RD 1800/2008, de 3 de noviembre, sobre abono acumulado de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores no comunitarios. Las medidas de retorno voluntario no eran aplicables a nacionales de países que formen parte de la Unión Europea y del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza (art. Único.Tres RD-ley 4/2008).

(14) Según el Informe del Observatorio Permanente de la Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración (PAJARES, 2010: 123), con respecto al Plan de retorno voluntario asistido para personas desempleadas no comunitarias con derecho a prestación, la última nota de prensa oficial del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 13-11-2009 afirmaba que desde su entrada en vigor se habían recibido 8.724 solicitudes de personas desempleadas, a las que se han sumado 1.851 familiares, concentrándose el 51,85% (4.523 solicitudes) entre Cataluña, Comunidad de Madrid y Comunidad Valenciana. Así, un año después del inicio de su aplicación no se ha presentado ni un 10% de las solicitudes previstas. A 27-4-2010 se habían aprobado 8.451 (603 mensuales) retornos sobre 11.660 (832 mensuales) solicitudes registradas. Cabe destacar que las nacionalidades latinoamericanas son las que presentan datos más significativos, en especial la ecuatoriana, seguida por la colombiana, la argentina y la peruana.

(15) <www.mtin.es>.

(16) Las expectativas y el presupuesto inicial oficiales eran para atender 100.000 solicitudes.

que viene a confirmar las encuestas del Instituto Nacional de Estadística que revelaban que más del 80% de las personas extranjeras residentes en España no consideraban el Plan de Retorno como una opción mayoritaria, ya que deseaban permanecer en nuestro país.

Entre las razones que confirman ese fracaso de las políticas oficiales de retorno se puede señalar que las personas con derecho a prestación son las que suelen tener un nivel más alto de arraigo (reagrupación familiar, compromisos económicos, descendientes escolarizados, etc.), por lo que la idea de retorno no se encuentra entre sus opciones más inmediatas. No ocurre esto con aquellas personas que se encuentran en las primeras fases del proyecto migratorio, pues no reúnen los requisitos para poder acogerse a la norma. En general, se han encontrado ocupadas en puestos de bajo nivel, por lo que sus prestaciones totales suelen ser insuficientes para iniciar un proyecto en el país de origen.

Las políticas de retorno no han producido los resultados que se esperaban, como señala FROMENTIN (2011), porque la decisión del retorno supone una interacción de factores económicos, derivados del contexto social, como es la existencia o no de redes sociales, y político, tanto del país de destino como de origen (RAMOS QUINTANA, 2011). Por otra parte, quedan muchas personas excluidas de estos programas, ya sean las procedentes de países recientemente incorporados a la UE, todas aquellas con las que su país de origen no dispone de convenios bilaterales de Seguridad Social con España, así como las que se encuentran en situación irregular. Además, la falta de recursos, resultado de la crisis, para costear el desplazamiento de estas personas mantuvo paralizado el programa durante casi todo el último semestre de 2010, reduciendo a casi la mitad el número de beneficiarios. Ello afectó a los programas de retorno social, el enfocado a apoyar el retorno de personas extranjeras sin recursos, y de retorno productivo, destinado a quienes quieren montar un negocio al volver a su país.

Brevemente señalaremos que algunos países, emisores de emigración hacia nuestro país, han puesto en marcha recientemente programas paralelos y complementarios para facilitar el retorno de sus ciudadanos. Es el caso de Ecuador, con el plan «Bienvenido a casa» o el «Fondo Cucayo», consistente en la exoneración de aranceles e impuestos cuando un ecuatoriano decide trasladar a Ecuador su menaje de casa (coche o motocicleta) y equipo de trabajo desde el lugar de destino. También es el caso del «Plan Compatriota», incluido en el plan de Gobierno Bolivariano 2010-2015, tal y como señala CHARRO (2012) que forma parte de la política de atención del Estado a los bolivarianos en el exterior (recuérdese que los bolivianos son la quinta nacionalidad extracomunitaria en España y ocupan el primer puesto en la acogida a los planes de retorno con atención social).

Por último, debe señalarse que se conoce la existencia de un importante número de inmigrantes que retornan de forma espontánea, es decir, sin acogerse a ningún programa institucional o retorno normativo pero, en ese caso, el análisis del retorno es mucho más complicado, en cuanto las limitaciones de las fuentes actuales disponibles. Sólo podríamos contar con una aproximación del número de retornados a partir de las variaciones que se producen en el empadronamiento de personas extranjeras o la Estadística de Variaciones Residenciales. En ese sentido, las bajas del padrón adolecen de un grado de subregistro, pero se sabe que en 2009 se dieron de baja 142.000 inmigrantes y la mitad, unas 70.000, serían bajas por caducidad. Los que más se dieron de baja expresamente fueron los latinoamericanos y, por países, los rumanos, bolivianos, marroquíes, argentinos y colombianos. Y dos tercios (entre el 60% y el 70%) eran hombres.

IV. EL CASO MARROQUÍ

Tradicionalmente Marruecos ha sido un país emisor de emigrantes, principalmente hacia países europeos. Esta emigración, que comenzó hacia los años 60 del siglo pasado, se dirigía primeramente hacia países como Francia, Bélgica y los Países Bajos[17]. A partir de los años 80 esa tendencia emigratoria cambia hacia países como España e Italia, principalmente por las limitaciones establecidas por los países del Norte de Europa para los países del Magreb (KHALDI, 2007)[18].

Así, y según los datos de los consulados marroquíes, en el periodo 1993 a 2007 el número de marroquíes residentes en el extranjero se había duplicado (de 1,5 millones a 3,3 millones), con una tasa de crecimiento anual del 8,1%, muy superior a la tasa de crecimiento de la población en Marruecos, que sólo alcanzó un 1,5%. España se ha situado en la última década, tras Francia, como segundo país de destino preferido por los emigrantes marroquíes, por delante de Italia.

La situación económica de Marruecos se ha caracterizado por un crecimiento sostenido en las dos últimas décadas del 3,5%, sin embargo, el crecimiento no ha sido suficiente para absorber el desempleo, cuyo índice sigue siendo considerable (10%). De hecho, permanecen picos de desempleo en determinadas franjas de edad, como la de 15-24 años. Con un nivel bajo de renta por habitante, la tasa de pobreza de Marruecos sigue siendo una de las más grandes del área mediterránea.

El gobierno alauita está adoptando reformas tratando de liberalizar la economía con el objetivo de estimular el crecimiento y generar puestos de trabajo. Marruecos creció alrededor del 4% en 2010 gracias a la recuperación del turismo, a la recuperación del sector no agrícola y a las remesas de emigrantes, lo que muestra la gran importancia que los flujos exteriores representan respecto al PIB. Las remesas de los emigrantes marroquíes representan la segunda fuente de ingresos del país, sólo por detrás de los ingresos del turismo, lo que demuestra la gran importancia de estas transferencias para la sociedad marroquí. Según datos de CARIM (FARGUES, 2009) para el año 2007, las remesas, por valor de 7.110 millones de dólares americanos, representaron el 9% del PIB y contribuyeron a reducir en un 40% el déficit de balanza de pagos. Y según los datos del Banco de España, elaborados por REMESAS.ORG, las remesas enviadas desde España en el año 2008 fueron de 387 millones de euros, sólo por detrás de Francia. Marruecos es el primer país de África en recepción de remesas. Pero lo que es más importante, esas remesas evitaron que 600.000 hogares atravesaran el umbral de la pobreza, ya que los principales receptores de remesas son una capa de población de renta baja y muy dependientes de ellas.

Sin embargo, las remesas han empezado a desplomarse y Marruecos está siendo uno de los países más afectados. Sirva como dato que las remesas desde España a Marruecos

---

(17) Datos del Atlas de la Inmigración marroquí en España de las comunidades marroquíes en Europa en 1996: 720.000 los asentados en Francia, 190.000 en Holanda, 170.000 en Bélgica, 130.000 en Italia y 80.000 en Alemania (LÓPEZ y BERRIANE, 2004).

(18) Para un estudio en detalle de la evolución de la inmigración marroquí en el exterior, en el contexto de las políticas de las políticas de inmigración europeas en Francia, España, Italia, Países Bajos, Bélgica, Alemania, y en resto del mundo en Países Árabes, África Subsahariana y Canadá, ver la obra colectiva, coordinada por HAMDOUCH, B., titulada *Marocain de L'Exterieur 2007*, Observatoire de la Communauté Marocaine Résidant à l'etranger (FUNDACIÓN HASSAN II, 2007).

durante el año 2010 fueron de 295 millones de euros, casi un 5% inferior a las remesas enviadas durante 2009, de 299 millones de euros. Y se estima que las remesas continuarán disminuyendo en los años siguientes, debido a que la recuperación económica sigue lejos de producirse y que la tasa del paro que afecta a los inmigrantes es el doble y a veces el triple de la de la población del país de acogida. Y esta caída de las remesas tendrá un doloroso impacto sobre la economía marroquí. No hay que olvidar, como se señaló anteriormente, que las remesas representan cerca del 10% del PIB del Marruecos.

1. Causas de la emigración marroquí hacia España

El proceso migratorio marroquí hacia nuestro país no responde a procesos políticos sino a aspectos fundamentalmente económicos. Para este grupo de inmigrantes, el principal elemento a tener en cuenta es la mejora en las condiciones económicas que se produce en caso de emigrar, que en cualquier caso compensan otros factores como los sociales o culturales. La situación coyuntural de corto plazo que ha vivido la economía española ha funcionado como gancho de entrada para un gran número de emigrantes marroquíes, atraídos por las oportunidades económicas que presentaba España.

Otro aspecto interesante a considerar es la amplia cobertura del gasto social de nuestro país frente a nuestro país vecino en aspectos tan destacables como sanidad, educación (universalizadas ambas *de facto* y *de iure*) y desempleo, lo que se viene a conocer como el Estado del Bienestar[19]. Para que este foco de atracción se cumpla debe existir un buen conocimiento, y la vez valoración, por parte del inmigrante marroquí de los sistemas de prestaciones sociales en nuestro país, debiendo ser éste lo suficientemente generoso como para que estas prestaciones se apliquen al inmigrante y no sólo a la población autóctona (MUÑOZ DE BUSTILLO y ANTÓN PEREZ, 2010). Sin embargo, parece constatarse que el conocimiento previo de las prestaciones sociales españolas de los inmigrantes marroquíes es relativamente bajo (en torno al 26-27%) en comparación con su conocimiento de las circunstancias laborales (entre el 57 y el 68%)[20].

Sin embargo, la reunificación familiar en el caso de las mujeres puede ser destacado como un fenómeno independiente del meramente económico y más representativo que en el caso masculino. Este hecho se ha visto favorecido por la existencia de una importante comunidad de marroquíes ya desarrollada, y presente en España, por lo que el impacto social y cultural del cambio se minimiza. Además ha sido favorecido por la cercanía geográfica entre ambos países, sólo 14 kilómetros a través del Estrecho de Gibraltar o por la entrada de marroquíes a través de las ciudades españolas de Ceuta y Melilla. España les ofrece la posibilidad de vivir cerca de Marruecos disfrutando al mismo tiempo de las prestaciones sociales y de los servicios públicos europeos. Además, el desconocimiento del idioma no ha dificultado la llegada a nuestro país. Así, el francés es el idioma culto en Marruecos, aprendido en la escuela, y el idioma vehicular en la Universidad de las carre-

(19) La hipótesis que defienden REHER y SÁNCHEZ (2009) para explicar el aumento de los inmigrantes en España a partir del 2000 es que ese aumento está vinculado al acceso libre a los servicios de salud, con el único requisito de la inscripción en el padrón municipal.

(20) Estudio de la Unión Europea (EUROSTAT, 2000).

ras técnicas, aunque la cultura y el idioma español es plenamente conocido gracias a la relación de protectorado hasta 1956 y la información que llega a través de las televisiones españolas.

Históricamente, el primer momento de relativa importancia en el movimiento migratorio entre Marruecos y España se produce en los años 90, donde se llega a cerca de 50.000 censados marroquíes (GARCÍA MARTÍNEZ, 1996), resultado del proceso de regularización que se lleva a cabo en 1991. No obstante, la primera migración laboral marroquí hacia España fue realizada en los años 80 y dirigida a las zonas agrícolas del Maresme catalán, en una época en que los ciudadanos marroquíes podían viajar a España sin necesidad de visado. Tanto en aquellos años como en los años 90, tras la imposición del visado en 1991, la migración entre Marruecos y España era fundamentalmente irregular y circular. Los inmigrantes marroquíes que trabajaban a lo largo de la costa mediterránea en la agricultura, desde el Maresme a Almería, compaginaban su trabajo y su estancia en España durante meses con el mantenimiento de su familia, su vivienda y su actividad agrícola en Marruecos. El marcado carácter masculino de la migración marroquí en España, compuesta durante muchos años por hombres jóvenes, está relacionado con esta práctica circular (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, 2011).

El segundo proceso regulatorio, el más importante por el número de regularizados, se llevó a cabo entre los años 2000-2001 (21) y 2011. En esa década, el número de empadronados creció desde más de 230.000 en enero de 2000 hasta más de 820.000 a 30 de junio de 2011, siendo superados sólo en número por los inmigrantes procedentes de Rumanía, tal y como se ve en la tabla siguiente.

TABLA 1. Extranjeros empadronados en España (2001-2011)

País	2001*	2006**	2011***	% crec. 2001-2011
Total	1.370.657	4.144.166	5.730.667	318%
Rumanía	31.641	407.159	883.238	2.691%
Marruecos	233.415	563.012	822.997	253%

* Instituto Nacional de Estadística. Revisión del Padrón municipal 2001. Población extranjera por sexo, país de nacionalidad y edad.

** Instituto Nacional de Estadística. Revisión del Padrón municipal 2006. Población extranjera por sexo, país de nacionalidad y edad.

*** Extranjeros residentes en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 30 de junio de 2011. Anuario Estadístico de Inmigración.

Este importante crecimiento, un 253%, ha tenido su origen durante años en la llegada de flujos importantes de migrantes marroquíes de manera irregular, como muestran las estadísticas de censos de población y padrones de habitantes de esos años. Según datos obtenidos del COLECTIVO IOÉ (2010), el índice máximo de irregulares se dio en 2003,

(21) Los años 2000 y 2001 marcan un fuerte despegue de la presencia extranjera regular en España. La entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y su posterior reforma (LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000) trae consigo la apertura de sendos procesos de documentación, con un año de diferencia: la regularización de 2000 y la documentación por arraigo de 2001.

donde, por entonces, el 26% de los empadronados carecía de residencia. Sirva como ejemplo señalar que desde mediados de los años 1990, y hasta el 2005, los detenidos de nacionalidad marroquí por la Guardia Civil en las costas de Andalucía y Canarias era de cerca de 15.000 al año, y se supone que más del doble lograron escapar a los controles. En 2008, apenas mil marroquíes fueron detenidos, la mayoría en Canarias, habiendo disminuido aún más durante 2009 y 2010.

En la actualidad, el número de marroquíes en situación irregular se ha convertido en un fenómeno residual. Aun así, un número significativo de marroquíes podría estar en riesgo de caer de nuevo en este *status*, ya que la Ley de Extranjería exige, como requisito para renovar la tarjeta de residencia y de trabajo, un contrato de trabajo en vigor y el pago de la Seguridad Social. Al estar en el paro, y ante la imposibilidad de obtener un trabajo con contrato, aquellos marroquíes que no tuvieran autorización de residencia permanente podrían perder la tarjeta de residencia, de tal manera que podrían volver a vivir una situación de precariedad, semejante a la situación que sufrió una parte significativa de ellos al llegar a España de forma clandestina. La vía que ha tratado de impulsar España en los últimos años es la de migración de ida y vuelta, dentro del actual marco normativo y en el contexto de una política contra la llegada de inmigrantes irregulares desde Marruecos. Esta estrategia, gestionada desde las administraciones públicas, está destinada principalmente a los trabajos agrícolas de temporada. Este tipo de inmigración está regulada por el Acuerdo sobre mano de obra firmado en 2001 entre España y Marruecos, que no fue activado hasta el año 2004.

2. Perfil de los inmigrantes marroquíes en España

La colonia marroquí en España es una de las más numerosas y antiguas, y como se vio anteriormente, supone ya el 1,6% de la población total del país. El perfil demográfico de este colectivo, de origen rural principalmente, es marcadamente masculino, un 64% del total, y la mayoría pertenece a la población activa. Como señala ROBLES GAVIRA (2008), el porcentaje de mujeres llega al 35%, y aunque es cierto que el porcentaje de mujeres ha crecido según los datos históricos del Anuario Estadístico de Inmigración (2001-2006) desde el 32% hasta el 36%, la llamada feminización del colectivo marroquí se ha ralentizado e incluso detenido en los últimos años.

El proceso de feminización se ha debido principalmente a la reagrupación familiar, donde la presencia de la esposa y la totalidad de los hijos junto al trabajador favorece su integración, y más secundariamente a la atracción que el mercado laboral español ejerce sobre las mujeres inmigrantes, no sólo ya en el servicio doméstico, sino también en otras ocupaciones relacionadas con el comercio y la restauración. Sin embargo, al aflorar posturas más tradicionales en el país de origen de los inmigrantes marroquíes, puede que estas se estén convirtiendo en un freno a la emigración femenina (SOLÉ y PARELLA, 2006). En ese sentido, debe recalcarse que el peso de las amas de casa determina esta menor representación de las mujeres en el mercado laboral, de tal forma que más de la mitad de las mujeres adultas nunca ha tenido un empleo en España, circunstancia que se reduce al 7% de los hombres (COLECTIVO IOÉ, 2010).

Asimismo, según los datos del *Anuario Estadístico de Inmigración* (OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN, 2009) se trata de un colectivo joven, donde la mayoría de la población se concentra en el tramo de edad entre 20 y 40 años, y sobre todo

desde los 25 a los 35 años. Otra característica de este colectivo es que su nivel educativo es muy bajo comparado con la población autóctona, con el resto de inmigrantes en España y con los inmigrantes marroquíes en otros países de Europa[22].

En relación con los datos de nupcialidad, natalidad y escolarización del colectivo marroquí en España, durante el periodo 1999-2004, la tasa de nupcialidad de las parejas marroquíes es estable y muy baja (entre el 5 y 6%) en comparación con otros colectivos de inmigrantes (colombianos y ecuatorianos se movían en cifras más cercanas al 55 y 20% respectivamente) (IZQUIERDO, 2005). Sin embargo, y como señala ROBLES GAVIRA, 2008, el potencial reproductivo de las marroquíes es mucho más elevado que el que muestran otras nacionalidades. Las mujeres marroquíes tienen más del doble de hijos que ecuatorianas y colombianas, y su tasa de fecundidad, aunque ha descendido en los últimos años, no lo ha hecho con tanta intensidad como en el caso de otras nacionalidades. Debe señalarse que, en el caso español, el hecho de nacer en España posibilita la nacionalidad de manera exponencial, dejando abierta la puerta a la reagrupación familiar para los padres[23]. Y en cuanto a las tasas de escolarización, se ha observado a lo largo de los años un importante desfase entre población menor de 16 años y escolarización de la misma. Por ejemplo, y según las cifras del Anuario de Inmigración de 2005, se observa una población menor de 16 años de 104.802 personas, mientras que los matriculados sólo eran 69.305[24] (OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN, 2005). Este dato quizá demuestra la preferencia de la actividad laboral, a una edad muy temprana, de los menores de 16 años marroquíes frente a la opción educativa, probablemente por influencia de la estructura familiar marroquí, con un papel preponderante del hombre como generador de rentas.

Los inmigrantes marroquíes en España están algo menos integrados que en el resto de Europa —quizá porque el fenómeno migratorio es también más reciente—, pero se sienten, sin embargo, menos rechazados que en otros países europeos como Holanda o Italia. En relación al idioma, el 32% habla esporádicamente en casa el castellano o catalán —el uso del idioma del país de residencia asciende al 64% en Europa—, pero el grueso de las conversaciones familiares se desarrollan en árabe dialectal. Sus relaciones personales son endogámicas: el 75% frecuenta casi exclusivamente a marroquíes. La práctica religiosa de la inmigración marroquí en España —el 55% frecuenta la mezquita con asiduidad— es seis puntos más alta que la media europea. Sin embargo, entre los marroquíes que viven en España, la incredulidad o la falta de observancia del culto no tienen en la sociedad las mismas repercusiones que en los estados más radicales. Se tolera al no creyente o no practicante, aunque la mayoría de ellos procuran no alejarse demasiado de lo que es una religión familiar, nacional y cultural desde tiempos antiguos[25]. La mitad de los marroquíes

(22) Según los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA), en 2007 el 57% de la población entre 16 y 64 años no superaba los estudios primarios, frente al 29% de todos los inmigrantes no comunitarios y el 20% de los nacionales.

(23) Los extranjeros que han tenido un hijo nacido en territorio español, y llevan residiendo un año, pueden solicitar la nacionalidad española para él.

(24) Con la originalidad de ser más alto en los hombres que en las mujeres, entre las que se da una mayor proporción de estudios de segundo grado, algo que se explicaría por el origen urbano de buena parte de ellas.

(25) El Consejo de la Comunidad Marroquí en el Extranjero (CCME), un órgano consultivo nombrado por el rey Mohamed VI, encargó al instituto de sondeos francés BVA la primera encuesta sobre la inmigración marroquí en

residentes en España aseguraban que mantenían con sus remesas a familiares en Marruecos, y el 69% confiaba en jubilarse en su país de origen —siendo la media en Europa del 52%—, pero el 58% tenía la intención de solicitar previamente la nacionalidad española.

Durante el periodo de crecimiento económico, y según datos del COLECTIVO IOÉ (2010), la tasa de actividad de los inmigrantes marroquíes masculinos en el año 2007 era del 89%, aun así algo inferior a otros colectivos de inmigrantes, mientras que en el caso de las mujeres apenas alcanzaba el 41%. Y lo hicieron ocupando mayoritariamente empleos de baja cualificación, principalmente por su perfil educativo, que como se señaló anteriormente es bajo o muy bajo (más de un 78% del colectivo) con una polarización clara hacia la construcción y los servicios (comercio-hostelería) en el caso de los hombres y, para las mujeres marroquíes, en el servicio doméstico, comercio y hostelería. En cuanto al empleo de los marroquíes en la agricultura, y a pesar de su gran importancia para este colectivo, se observó durante este periodo una reducción del número de trabajadores en el mismo al trasladarse parte de ellos a un sector más lucrativo, pero también de carácter manual, el de la construcción.

La calidad del empleo típico de los inmigrantes marroquíes en el periodo expansivo de la economía española los sitúa en la base de la pirámide socio-laboral, con predominio de las contrataciones temporales, en torno al 63% según datos recopilados por el COLECTIVO IOÉ (2010), siendo además superior en el caso de los hombres que entre las mujeres, donde el trabajo doméstico parece ser más seguro y estable. Aparte de esa temporalidad, el otro indicativo de la baja calidad de los empleos realizados por los marroquíes en este periodo indica que la ganancia media de estos ha sido siempre inferior a la de los españoles, cifrándose en torno al 65% para los años 2006 a 2008, por la incorporación continua de nuevos trabajadores marroquíes en ocupaciones con bajos ingresos, que venían a reducir la media del colectivo[26].

Y en cuanto al desempleo, la tasa de desocupación de los marroquíes (11,7% los hombres y 22,1% las mujeres) durante este periodo (año 2007) era más elevada que la del resto de inmigrantes y que la que afectaba a la población autóctona (5,4% y 9,9% respectivamente), y esto a pesar de aceptar trabajos de baja calidad. Este hecho ha podido deberse a la creciente y diversa oferta de trabajo existente, a las diferencias culturales, a la carencia del idioma español, e incluso a aspectos de desconfianza de cierta parte de la población autóctona hacia los inmigrantes marroquíes.

3. Impacto de la crisis sobre el colectivo marroquí en España

El periodo 2008-2011 puede considerarse como el de mayor destrucción de empleo[27] en la historia reciente de España desde la crisis del año 1993, año en el que se dio un crecimiento

---

seis países europeos —España, Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Alemania— basada en una muestra de casi 3.000 personas durante el año 2009. Los datos que aquí se muestran pertenecen a la citada encuesta.

(26) Datos de la ENCUESTA DE ESTRUCTURA SALARIAL, categoría «resto del mundo», años 2004-2008.

(27) En el año 2007 se alcanzó la tasa de paro más baja en treinta años, había 1,8 millones de parados. Y según los datos de la ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (EPA), el número de parados a finales del cuarto trimestre de 2011 se situó en 5.273.600 personas, lo que significa el 22,85% de la población activa.

espectacular del desempleo pasando del 16% al 24% (a finales de noviembre de 1993 había en España 3.545.950 parados). España es el país de la OCDE con mayor tasa de desempleo, por delante de países como Portugal y Grecia, y en los últimos treinta años la tasa de paro española ha representado el doble de la media de los países desarrollados, tanto en épocas de crecimiento como de crisis. La tasa de paro de la población extranjera es del 32,72%, más de 13 puntos superior a la de las personas de nacionalidad española, según la ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA, siendo esta tasa de desempleo del 42% entre los inmigrantes marroquíes varones y del 51% entre las mujeres, y afectando especialmente a la población menor de 25 años, que se eleva hasta el 62,5%[28].

El impacto de la crisis durante este periodo sobre los empleos ocupados por inmigrantes marroquíes ha sido muy grave, perdiéndose, como saldo neto, en torno al 26% de los mismos, lo que supuso una disminución de más de 100.000 ocupados, afectando principalmente a los hombres frente a las mujeres, y a los contratos temporales, que han sido la fórmula usual de contratación de este colectivo. Sin embargo, se registró un aumento de los contratos indefinidos, que recayeron principalmente en mujeres.

Como se señaló anteriormente, en el año 2009 los inmigrantes ecuatorianos y los marroquíes eran los más afectados por la crisis en cuestión de empleo. Los marroquíes eran los que tenían un mayor número de parados antes de 2008, y durante el 2009 fueron el colectivo inmigrante que sumó un número mayor de nuevos parados, lo que suponía más de 229.000 desempleados marroquíes a finales de 2010, con el agravante de que esos nuevos desempleados procedían principalmente de la pérdida de ocupados, y no del aumento de población activa (PAJARES, 2010). La crisis también ha supuesto que los asalariados marroquíes trabajando a jornada parcial hayan aumentado exponencialmente, pasando del 3,3% en el 2007 al 12,3% en el 2010, afectando sustancialmente a las mujeres ocupadas. Y esto a pesar de que los trabajadores de esta nacionalidad buscaban ocupaciones a tiempo completo. Esto ha llevado consigo un aumento de las ocupaciones de peor calidad, especialmente significativo entre las mujeres que se han incorporado en el mercado laboral español desde el paro o la inactividad.

En cuanto al empleo irregular o fuera de los registros de la Seguridad Social que, como es lógico, no puede ser medido oficialmente, sin embargo es posible realizar una aproximación acerca de su extensión, implantación y características más relevantes. En este sentido, tomando como fuente al COLECTIVO IOÉ (2010), se estima que la crisis ha destruido al menos 50.000 empleos irregulares de marroquíes entre 2007 y 2010, afectando al 46% del que se encontraba fuera de los registros de la Seguridad Social (comparación entre el volumen de ocupados detectado por la EPA y el de las altas laborales registradas en el sistema de la Seguridad Social). De este dato se deriva que todos estos desempleados han quedado fuera de la posibilidad de recibir las prestaciones económicas por desempleo.

El aumento del paro entre los hombres marroquíes ha venido producido por la incidencia de la crisis sobre el mercado de trabajo, resultado principalmente de la pérdida de empleo, mientras que, en el caso de las mujeres, ese aumento se debe principalmente a

(28) Aunque las tasas de desempleo varían mucho de un país a otro dentro de la Unión Europea, el informe de la OCDE de 2009 revela que, como regla general, la destrucción de 100 puestos de trabajo se traduce en 10 inmigrantes menos en la economía, ya sea por una disminución de entradas o por un aumento de retornos (OCDE, 2009).

su incorporación al mercado laboral en busca de su primer empleo. Además, la crisis ha aumentado significativamente el porcentaje de parados de larga duración (de un año o más), pasando del 24% en 2007 al 48% en 2010, y lo que es peor, el número de hogares con todos sus miembros en paro creció un 459% en el mismo periodo, pasando de 18.000 a 103.000 (COLECTIVO IOÉ, 2010). Estas cifras muestran una situación muy preocupante para un colectivo donde la tasa de cobertura de desempleo no llegaba a cubrir a finales de 2010 a unos 139.000 trabajadores marroquíes, aunque es cierto que ha mejorado significativamente, multiplicándose casi por siete aquellos que reciben una prestación por desempleo, según datos de la EPA.

Según los anteriores indicadores, un porcentaje relativamente importante de hogares marroquíes en España se hallan en situación de dificultad, cercana a la pobreza, con empleos con escasa antigüedad y con un reducido salario en términos relativos, un derecho a la prestación de desempleo pequeño y de corta duración. En ese sentido, surge la llamada «irregularidad sobrevenida», que se produce cuando pierden su contrato de trabajo y no pueden renovar el permiso de residencia.

4. Indicadores de retorno de la población marroquí

Una vez evaluado el impacto de la crisis económica sobre el colectivo marroquí en España, se ha producido un flujo menor de inmigrantes marroquíes acudiendo a nuestro país. Si durante el ciclo expansivo el saldo migratorio de ciudadanos marroquíes se incrementó anualmente en unas 40.000 personas entre 2001 y 2003, hasta alcanzar un máximo de 75.000 en el año 2005, a partir de entonces los flujos se mantuvieron constantes hasta 2008 (entre 50.000 y 60.000). Sin embargo, según datos del COLECTIVO IOÉ (2010), en 2009 se registra un cambio de tendencia significativo por el cual el saldo neto se redujo hasta las 29.000 personas, resultado del brusco descenso del número de personas que llegaron a España[29], manteniéndose las salidas «oficiales» desde España en niveles similares desde 2007 (algo más de 30.000 cada año), cifra a la que se debe añadir los retornados no oficiales, que experimentan un considerable aumento.

En este nuevo marco, los atractivos para la entrada de inmigrantes marroquíes en España se han reducido notablemente, como muestran los datos, pero, sin embargo, la entrada no se ha llegado a detener por completo, lo que indica que, a pesar de la profundidad de la crisis que azota a nuestro país, otras variables pueden estar incidiendo en la decisión de los marroquíes para seguir acudiendo a España, lógicamente en mucho menor número que anteriormente, pero que viene a demostrar que el «efecto llamada» sigue teniendo cierta vigencia para este colectivo[30].

(29) De 93.000 en 2008 a 61.700 en 2009.

(30) En este sentido, no nos referimos al «efecto llamada» que se atribuye a la normalización o «regularización» que tuvo lugar en el año 2005, sino a la previsión contenida en el artículo 45.2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el penúltimo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 7 de enero de 2005), que establece que por arraigo social un inmigrante en situación ilegal recibirá, a los tres años de haberse empadronado en un municipio español y tener algún familiar que le acompañe o buen comportamiento en el municipio, su correspondiente permiso de trabajo.

En ese sentido, se puede señalar, aparte de la situación laboral de los marroquíes en España, otros tres condicionantes externos al proyecto individual de cada migrante que pueden afectar a su posible retorno del mismo: la posesión o falta de papeles de residencia permanente en España, la posesión o no de vivienda en propiedad, y la situación de separación o reagrupación familiar.

Con referencia al primer punto, el de marroquíes con tarjeta de residencia en vigor, se observa un incremento de su número, creciendo un 8,4% en el periodo que va entre junio de 2010 y 2011, lo que suponía un número total de 822.997 a esa fecha[31]. Recuérdese que tienen derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada, lo que nos confirma la longevidad de este colectivo en nuestro país. El incremento de marroquíes con documentación legal en España supone un plus de arraigo y de permanencia frente a la decisión de retornar a su país de origen y perder ese derecho, a la espera de que la situación económica de España mejore para tratar de incorporarse de nuevo al mercado de trabajo o de mejorar sus expectativas laborales. Sin embargo, la salida por tiempo continuado del mercado de trabajo, resultado de la crisis, está provocando que la situación de un número importante de emigrantes marroquíes devengue en estados de irregularidad.

También la posesión de una vivienda en propiedad por parte del migrante marroquí es un elemento a considerar para la toma de decisión respecto al retorno a su país. En la etapa de la consolidación del proyecto del migrante en nuestro país, con la estabilización laboral, que se tiende a producir al cabo de entre los cinco y ocho años de estancia, la compra de vivienda es un hito del migrante, que le supone una seguridad, la tenencia en propiedad, y una inversión, además de simbolizar el éxito de su proyecto migratorio después de tantas dificultades y también la expresión más evidente de que el inmigrante no se plantea regresar a su país.

Hasta ese momento de consolidación, el alquiler es la forma de tenencia más extendida, tanto por la falta de recursos económicos como por la incertidumbre del proceso migratorio (en un 63,5%), al contrario del conjunto de la población que es propietaria de sus viviendas (un 83% del total). Pero el acceso a la propiedad constituye en ese momento una aspiración posible. Sin embargo, por razones económicas, muchas veces esta compra no supone vivir en una vivienda mejor ya que las viviendas de los inmigrantes, en su mayoría, suelen ser antiguas, con una menor conservación, y una relación de superficie por ocupante baja. Y además, el pago de la vivienda propia o alquilada supone un gran esfuerzo económico que se lleva la mayor parte del presupuesto mensual de gastos.

Para el colectivo marroquí, se estimaba que antes de la crisis en torno a un 16% del total de residentes en España tendría vivienda propia, proporción que aumentaba al 20% entre los que llevaban de 5 a 10 años en España, y al 30% entre los que llevaban más de 10 años. Estas cifras eran superiores a otros colectivos de inmigrantes sobre los que se disponía de datos, suponiendo un indicio más del mayor grado de asentamiento de esta población en España (DOMINGO y BAYONA, 2007). Sin embargo, y según datos del anuario inmobiliario del Colegio de Registradores, la demanda de vivienda de los extran-

(31) De los cuales 204.454 estaban afiliados a la Seguridad Social.

jeros residentes en España se ha visto notablemente afectada por la crisis, pasando, en el caso de los marroquíes, de comprar el 6,5% del total de pisos adquiridos por extranjeros a sólo el 2%, en 2010. Pero no sólo está el hecho de que se adquieran menos viviendas en propiedad por la crisis, sino que las dificultades para pagar la hipoteca de aquellos que ya la habían adquirido anteriormente se han multiplicado exponencialmente, ya que al quedar en paro se ven abocados a recurrir a formas de vida muy precarias.

En cuanto al reagrupamiento familiar (cónyuge, hijos y ascendientes), históricamente los marroquíes han sido un colectivo muy relevante, ya que desde de los años 90 presenta la reagrupación más numerosa en el conjunto de los inmigrantes[32]. Como se señaló anteriormente, los marroquíes que llegan a España son en su mayoría varones y, en cuanto pueden, intentan agrupar a sus familias, siendo en muchos casos la familia marroquí de concepto más nuclear que la española. Como es lógico, el hecho del reagrupamiento juega un papel importante a la hora de la toma de decisiones sobre el retorno.

El modelo marroquí, como se ha señalado, es el menos feminizado entre los colectivos migrantes. El modelo migratorio donde la mujer es la pionera, y luego reagrupa al resto de la familia, como es es el caso latinoamericano, acelera el proceso de reagrupación familiar, cosa que ocurre en menor medida cuando los hombres son los pioneros, como predomina en el caso marroquí. Además, y conforme las regularizaciones familiares se formalizaron, el número de niños marroquíes nacidos en nuestro país se elevó durante los años de crecimiento. Si a principio de los años 2000 nacen en torno a 6.000 niños marroquíes por año en España, esa cifra se eleva hasta los 14.500 en el 2005, según los datos recogidos del INE (Movimiento Natural de la Población, 1996-2005). Sin embargo, el número de nacimientos de marroquíes, hijos de emigrantes, ha descendido en términos relativos desde el inicio de la crisis económica de manera destacada. En todo caso, la experiencia de paternidad/maternidad puede jugar un papel crucial en las decisiones de retorno de los migrantes marroquíes, principalmente en el caso de que deseen educar a los hijos bajo una educación más tradicional o conservadora que la liberal del Estado español.

Respecto a los familiares reagrupados, la controversia que han venido planteando algunos sectores políticos y sociales surge respecto al grado de utilización de los servicios públicos, como la sanidad y la educación, y el coste que esto implica para la economía española. Esta situación ha provocado un endurecimiento de la norma española para reagrupar familiares, más concretamente el de los considerados pasivos, como son los ascendientes del inmigrante. En ese sentido, los estudios de la evaluación de los costes-beneficios de los procesos de reagrupación familiar parecen indicar que, hasta ahora, no suponen un coste elevado en términos de prestaciones, aunque ciertamente la intensidad de la crisis puede hacer que esta afirmación sea cuestionada (VÁZQUEZ VEGA, 2009).

En el caso de las mujeres marroquíes el proyecto migratorio puede suponer, en algunos casos, la salida de estructuras de dependencia masculina, de tal forma que el retorno no se contempla, por cuanto supondría la vuelta a posiciones originales. Tal es el caso de muje-

(32) Así lo corroboran los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), cuando el porcentaje de solicitudes de reagrupación concedidas a marroquíes alcanza el 60% del total (es decir, 9.018 de 15.061), y para 1999, cuando este porcentaje se sitúa en el 54% del total (esto es 5.432 de 10.069). En el año 2008 esa cifra se había elevado hasta 19.510 (de un total de 65.000).

res provenientes de clases medias educadas y con formación universitaria. También puede ocurrir que si su experiencia de inserción en el mercado laboral español se ha visto restringida a nichos laborales relacionados con el cuidado de mayores o de servicio doméstico, el retorno pueda representar para ellas una oportunidad de recuperar e incluso mejorar el status social anterior a la emigración.

En cuanto a los datos de retornados, parece confirmarse la tendencia que muestra que el número de salidas de marroquíes de nuestro país se ha incrementado de manera exponencial desde el inicio de la crisis. Según la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INMIGRANTES EN ESPAÑA (ATIME), cerca de 150.000 marroquíes habrían retornado desde nuestro país a partir del año 2009 (33). Estos datos dejarían fuera mayoritariamente a aquellos con permiso permanente, que podrían arriesgarse a perder su permiso de estancia en España. También podría estar produciéndose una salida de esa migración desempleada hacia otros países europeos del espacio Schengen, en los que la ausencia de controles fronterizos permitiría a los inmigrantes pasar tiempo fuera sin que se detectase en España, de tal manera que aprovecharan las oportunidades de empleo de otros mercados sin perder los derechos generados en España.

Sin embargo, las encuestas indican que un gran número de marroquíes está en contra del retorno. Así se desprende de los datos obtenidos del *Estudio sobre la Comunidad Inmigrante Musulmana 2010*, realizado por Metroscopia para los Ministerios de Interior, Justicia, y Trabajo e Inmigración, que refleja que la mayoría de los musulmanes residentes en España, el 83%, se considera adaptado a la vida y a las costumbres españolas, estando en contra de la medida del retorno.

En ese sentido, las bajas cifras de solicitantes marroquíes de los programas de retorno voluntario, anteriormente estudiados, demuestran la poca aceptación que tales medidas han tenido entre el colectivo. A pesar de que ningún colectivo inmigrante se ha unido con entusiasmo a este programa (34), los marroquíes apenas se han acogido a las ofertas del gobierno. Los que se encuentran en peor situación económica pueden regresar a su país por muy poco dinero y no tienen que firmar el compromiso de no retornar en tres años. Este fracaso anunciado de los programas de retorno oficiales demuestra que el incentivo financiero que se ofreció era claramente insuficiente para las expectativas de los inmigrantes marroquíes, y que el ajuste del programa a las necesidades reales de los inmigrantes era notablemente erróneo (35). Quizá se debía haber sustituido la estrategia de compensación financiera por otras prácticas ensayadas en otros países europeos, con el objetivo final de la reconversión del colectivo marroquí en paro, como programas de «apadrinamiento» (Francia o Bélgica); programas de formación en empresas (Alemania); dispositivos de entrada progresiva al mercado de trabajo —formación, trabajos subvencionados y luego estables— (Dinamarca); o planes que aunaran aprendizaje lingüístico con experiencia profesional (Suecia).

(33) Entre los años 2005 y 2008, las cifras de retornados marroquíes obtenidas de la Estadística de Variaciones Residenciales (INE) eran las siguientes: 7.400, 15.318, 31.568 y 33.774.

(34) El gobierno esperaba que se acogieran unas 100.000 personas, pero tuvo mucho menos éxito. En dos años lo solicitaron unas 15.000 y se marcharon unas 5.000, según el Ministerio de Trabajo.

(35) La Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España (ATIME) aseguraba en esa fecha que sus compatriotas no estaban dispuestos «a cambiar toda una vida por un puñado de euros». <http://www.rasinet.org/atime.htm>.

También cabía la opción de vincularlo a un proyecto productivo, al igual que hace el plan «Bienvenido a casa» del gobierno ecuatoriano, que ha dado ayudas a personas que han querido retornar, con un proyecto para crear un negocio y con al menos la mitad de los fondos. Adquiriendo ese tipo de conocimientos de forma gratuita los inmigrantes pueden llegar a su país con un proyecto, un conocimiento específico, un planteamiento vital. Con este tipo de programas, los marroquíes legales desempleados podrían volver a su país si las normas les permitieran retornar legalmente a España cuando aparecieran nuevas oportunidades laborales(36).

Quizá cabe plantearse si debe extenderse la extensión de fórmulas de migración de temporada como la que se ha venido dando en los últimos años en la zona fresera de Huelva, donde parece que se han conseguido aunar los intereses de los empresarios agrícolas con la seguridad jurídica y los intereses de los trabajadores marroquíes inmigrantes, tal y como señalan la Comisión Europea, el Banco Mundial o la Organización Internacional de las Migraciones. La contratación en origen es una fórmula legal que permite disponer de una mano de obra que, dado el diferencial salarial actual existente entre España y Marruecos, hace que el trabajador acepte dichas condiciones y esté disponible durante el periodo que dura la campaña(37).

V. REFLEXIONES FINALES

La crisis económica ha provocado un cambio de tendencia del flujo migratorio hacia nuestro país. La menor demanda de mano de obra que se ha producido en términos generales y en especial en aquellos sectores en los que los que tenían una elevada fuerza de trabajo inmigrante han provocado una importante disminución de las solicitudes de autorizaciones de trabajo iniciales y de la contratación en origen(38). Pero también, y de forma paralela, esto tiene su reflejo tanto en las entradas de inmigrantes como en las salidas. Las entradas de inmigrantes en España se han reducido drásticamente a partir de 2007, y las salidas han ido aumentando, de manera más pausada, a medida que la crisis económica iba agravándose y prolongándose en el tiempo. La reducción de las entradas se ha extendido sin excepción a todas las nacionalidades de inmigrantes en nuestro país. Sin embargo, la evolución de las salidas es más heterogénea. Algunos países están por encima de la media, como Ecuador, y otros, como los países del Este, se encuentran por debajo de la misma. En este sentido, Marruecos se encuentra en la media, aunque esta media no se pueda cuantificar con exactitud, dados los problemas de controlar los retornos definitivos de marroquíes hacia su país.

El proceso migratorio marroquí hacia nuestro país ha respondido fundamentalmente a aspectos económicos. La crisis española e internacional está afectando especialmente a

(36) Hay un alto grado de desconfianza, los marroquíes temen que una vez se acojan al Plan y salgan de España, luego no sea tan fácil volver.

(37) En el seno de la UE este modelo se conoce como migración circular y ha venido facilitado por la disponibilidad de financiación pública europea.

(38) Los flujos de entrada para trabajar en España han descendido drásticamente. Así, en el año 2007 se concedieron 239.583 autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia, que descendieron hasta la mitad, 119.309, en 2008, y en los años 2009 y 2010 sólo se han concedido 26.499 y 10.283 respectivamente. No obstante, se siguen produciendo entradas, sobre todo por reagrupación familiar.

este colectivo por su perfil socio-económico, principalmente por su bajo nivel educativo, en comparación no sólo con los trabajadores autóctonos sino con el resto de inmigrantes. En concreto, este colectivo se ha caracterizado por haberse incorporado a nuestro mercado laboral con empleos de baja cualificación, con altas tasas de temporalidad y en sectores muy afectados por la crisis (construcción y servicios de poco valor añadido, como comercio, hostelería y personal doméstico). En ese sentido los marroquíes han sido de los colectivos de inmigrantes más afectados por el desempleo.

Por ello, cabe preguntase por qué el retorno marroquí no se ha producido a gran escala, como cabría esperar a la vista de las circunstancias económicas actualmente existentes en España. En este artículo se ha señalado la existencia de otro tipo de determinantes que motivan esta decisión y que dependen fundamentalmente de las circunstancias personales del inmigrante. La crisis económica, sin embargo, sí ha servido para reevaluar y rediseñar el proyecto migratorio del marroquí en España, principalmente en función de las nuevas expectativas económicas del país donde viven (escenario macro) junto a las proyecciones que los inmigrantes hacen de su futuro y el de sus familiares (escenario micro). Por tanto, se puede establecer que la decisión de retorno es de orden multicausal, interviniendo variables y condiciones sociales, culturales, políticas y demográficas del país de origen y de destino. También se ha podido verificar que las políticas públicas sobre inmigración no están influyendo apenas, ni mucho menos incentivan en la decisión de retorno de los inmigrantes en general, y de los marroquíes en particular.

Probablemente el retorno de la población inmigrante marroquí habría sido mayor si la situación en Marruecos hubiera mejorado sustancialmente respecto a la que se daba cuando decidieron emigrar, pero sí se puede afirmar que los efectos de la crisis económica en España sobre los flujos migratorios marroquíes han sido mucho más importantes en la disminución de la emigración que en el incremento del retorno. Concretamente, este colectivo ha condicionado la decisión de retorno a Marruecos, además de por las características personales de cada migrante (como la posesión o falta de papeles de residencia permanente en España, la posesión o no de vivienda en propiedad, y la situación de separación o reagrupación familiar), por la dificultad añadida de poder regresar a España en el caso de mejoría de la economía. Muchos de ellos han invertido riesgo y esfuerzo para entrar en nuestro país, haciéndolo en numerosos casos de manera ilegal. Este hecho les hace más reticentes a volver a su país, ya que al retornar pierden el derecho de residencia y se exponen a perder ciertas prestaciones de Seguridad Social que estos sistemas públicos podrían reconocerles.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUELO NAVARRO, P.; CHUECA SANCHO, A. (2011), «El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 26, primer cuatrimestre de 2011.

AGUELO NAVARRO, P. (2012), «Balance de 2011 en materia de extranjería», *El Blog de Pascual Aguelo*. <http://pascual-aguelo.blogspot.com/>.

ÁLVAREZ SILVAR, G.; IZQUIERDO ESCRIBANO, A. (1997), «Estado actual de la investigación sobre el retorno», *Políticas de Retorno de emigrantes*. Universidad de A Coruña, pp. 45-76.

AYSA-LASTRA, M.; CHACÓN, L. (2011), «El impacto de la crisis global en el mercado de trabajo de los inmigrantes latinoamericanos en Estados Unidos y en España». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 95.

AWAD, I. (2009), *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*, ILO, Ginebra.

BENLLOCH SANZ, P.; CHARRO BAENA, P.; OLIVÁN LÓPEZ, F. (2011), «La política española de retorno de inmigrantes extracomunitarios», *Actes du colloque «Dynamique migratoire, migration de retour et impacts sur les sociétés d'origine au Maghreb et Afrique de l'Ouest»*, Rabat, 22-23 de noviembre de 2010. Programme FSP. Migrations internationales, recompositions territoriales e développement. Financé par le Ministére Français des Affaires Etrangéres avec le concurs de la Fondation Hassan II por les Marocains Résidant a l'Etranger.

CASSARINO, J.P. (2004), «Theorising Return Migration: The Conceptual Approach to Return Migrants Revisited», *International Journal on Multicultural Societies* 6 (2), UNESCO, París, pp. 253-279.

— (2007), «La dimensión exterior de las políticas de inmigración en la Unión Europea», *V Seminario Inmigración y Europa*. Fundación CIDOB, 13 y 14 de diciembre de 2007, Barcelona.

— (ed.) (2008), *Return Migrants to the Maghreb Countries. Reintegration and Development Challenges*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Global Report Mirem Proyect. European University Institute. <http://www.mirem.eu>.

CASTILLO, J. (1997), «Teorías de la Migración de Retorno», *Políticas de Retorno de Emigrantes,* Universidad de A Coruña.

CERASE, F.P. (1974), «Expectations and Reality. A case study of Return Migration from the United States to Southern Italy», *International Migration Review* 8 (2), pp. 245-262.

CHARRO BAENA, P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2012), «Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 28.

CHARRO BAENA, P. (2011), «El retorno de los inmigrantes. ¿Una opción o una obligación?», *Revista de Derecho de Extremadura* 9.

COLECTIVO IOÉ (2010), «El impacto de la crisis económica en la situación laboral de los inmigrantes marroquíes en España». *Notas Socioeconómicas* 11. Madrid: Casa Árabe-Instituto Internacional de Estudios Árabes y del Mundo Musulmán.

DOMINGO, A. y BAYONA, J. (2007), *Movilidad, vivienda y distribución territorial de la población marroquí en Cataluña*. Centre d'Estudis Demográfics.

DURAND, J. (2004), «Ensayo teórico sobre la migración de retorno. El principio del rendimiento decreciente», *Cuadernos Geográficos* 35, pp. 103-116.

EJEA JIMÉNEZ, C. (2010), «Conceptualización y consideraciones sobre la migración de retorno en España». *Ería* 83, pp. 326-330.

FAMSI, Fondo Social Europeo y Servicio Andaluz de Empleo (2010), *Estudio sobre el retorno voluntario: Hacia la construcción de una nueva realidad*.

FARGUES, P. (2009), *Mediterranean Migration Report. CARIM. Consortium for Applied Research on International Migration. 2008-2009*. European University Institute: Florence, Robert Schuman Centre. European University Institute. <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11861/CARIM%20Migration_Report%202008-2009%20revised%20Oct09.pdf?sequence=3>.

FROMETIN, V., «Les consequences économiques de l'immigration en Europe en période de crise», *Revue de l'Union européenne* 547.

GARCÍA MARTÍNEZ, C. (1996), *España. País de Inmigración*. En PANADERO, M. y GARCÍA MARTINEZ, C., *Migraciones extranjeras en la UE*. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2011), «Sobre el nuevo reglamento de extranjería de 2011», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 95.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (2011), *La migración temporal entre Marruecos y España*. Real Instituto Elcano.

GRAU PINEDA, C. (2011), «De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España. ¿Medidas anticrisis o gestión de flujos migratorios?», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 28, Lex Nova.

HAMDOUCH, B. (2007), «Marocain de L'Exterieur 2007». Observatoire de la Communauté Marocaine Résidant à l'etranger (Fundación Hassan II, 2007).

IZQUIERDO, A. (2005), «Flujos, tendencias y signos de instalación de los extranjeros en España», *Papeles de Economía Española* 104, *Transformaciones Demográficas: Raíces y Consecuencias*.

KALDHI, M. (2007), «Les Marocains d'Espagne». *Marocains de l'exterieur 2007*. Observatoire de la Communauté Marocaine Résidant à l'etranger (Coord. HAMDOUCH, B.). Fundación Hassan II.

KING, R. (2002), «Generalizations from the history of return migration», en B. GNOSH (ed.), *Return Migration. Journey of hope or despair?,* Bimal (Ed.) Ginebra, International Organization of Migration y Naciones Unidas.

KING, R. (ed.) (1986), «Return Migration and Regional Economic. An Overwiew», *Return Migration and Regional Economic. Problems*, Croom Helm, Londres, p. 276.

LACUESTA, A. y PUENTE, S. (2010), *El efecto del ciclo económico en las entradas y salidas de inmigrantes en España*. Documento de Trabajo 1016. Banco de España.

LÓPEZ GARCÍA, B. y BERRIANE, M. (dirs) (2004), *Atlas de la Inmigración marroquí en España*. Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos. UAM-Observatorio Permanente de la Inmigración.

LUCAS, R. E. B. (2005), *International Migration and Economic Development. Lesson from Low-Income Countries*. In association with The Expert Group on Development Issues (EGDI). Edward Elgar Publishing Limited: Cheltenham, UK, and Northampton, MA, USA.

MAHÍA CASADO, R. (2010), «La irrupción de España en el panorama de las migraciones internacionales. Por qué llegaron, por qué siguen llegando y por qué lo seguirán haciendo», *ICE. Retos Económicos derivados de la Inmigración Económica en España* 854.

OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN (2005 y 2009), *Anuario Estadístico de Inmigración.* Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Madrid.

OCDE (2008), *International Migration Outlook: SOPEMI 2008b.* <www.oecd.org/els/migration/imo>.

— (2009), *International Migration Outlook: SOPEMI 2009.* <www.oecd.org/els/migration/imo>.

— (2011), *International Migration Outlook: SOPEMI 2011.* <www.oecd.org/els/migration/imo>.

OIT / Instituto Internacional de Estudios Laborales (2010), *Faire des migrations un facteur de développement. Une étude sur l'Afrique du Nord et l'Afrique de l'Ouest*. <http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/download/migration.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2010), *Informe de las Naciones Unidas sobre Migración Internacional y Desarrollo, preparado para la 65.ª sesión de la Asamblea General* (A/65/203). <http://www.december18.net/fr/node/4177>.

— (2009), *Tendencias demográficas en el mundo*. Informe del Secretario General. Consejo Económico y Social, 15 de enero.

— (2009), *Population Ageing and Development*. <www.unpopulation.org>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE MIGRACIONES (OIM) (2009), *Notas de políticas de la OIM*. <http://www.un.int/iom/Economic%20Crisis%20March%2009%20Sp.pdf>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2010), *Migración laboral internacional: un enfoque basado en los derechos.* <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/rights_based_approach.pdf>.

PAJARES, M. (2009), «Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009», *Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración*, núm. 21, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

— (2010), *Inmigración y Mercado de Trabajo*. Informe de la Secretaría de Estado y Emigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid. <http://extranjeros.mtin.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/contenido_0006.html>.

RAMOS QUINTANA, M.I. (2011), «Acceso al mercado de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica: el Reglamento de extranjería de 2011 como soporte del modelo migratorio», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 95.

RAVENSTEIN, E.G. (1885), «The laws of migration I», *Journal of the Royal Statistical Society* 48 (2), pp. 167-235.

REHER, D. y SÁNCHEZ, B. (2009), «La excepcionalidad española», *El País*, 18 de febrero, p. 27.

ROBLES GAVIRA, G. (2008), «Inmigrantes marroquíes en España: permanencia o retorno», *Entelequia, Revista Interdisciplinar.*

ROJO, E. (2010), *La situación actual del retorno voluntario en el marco de las nuevas políticas de inmigración y de los cambios acaecidos entre la población extranjera en el mercado de trabajo español*. Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona, Sevilla, 28-102011. <http://eduardorojoblog.blogspot.com/2010/06/el-retorno-voluntario-de-los.html>.

ROJO TORRECILLA, E. y CAMÓS VICTORIA, I. (2005), «La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, y de su impacto sobre la problemática real de la inmigración», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 8.

SOLÉ, C. y PARELLA, S. (2006) «Una revisión de la posición de las mujeres inmigrantes no comunitarias en el mercado de trabajo español», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales,* pp. 190-191.

TODARO, M.P. (1969), «A model of labor migration and urban unemployment in less development countries», *American Economic Review*.

VÁZQUEZ VEGA, P. (2009), *Reagrupación familiar de los inmigrantes en España. Incidencia en los gastos de protección social,* Fundación de Estudios Aplicados (FEDEA). Proyecto financiado por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

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

CASTILLO, J.M., *Migraciones ambientales. Huyendo de la crisis ecológica en el siglo xxi*, Virus Editorial, Barcelona, 2011, 112 pp.

CEA D'ANCONA, M.Á., *Evolución del racismo y la xenofobia en España. Informe 2011,* Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2012, 422 pp.

GOLLOF, R., KRAPF, P. y WEIDINGER, W. (eds.), *Educating for democracy. Background materials on democratic citizenship and human rights education for teachers/Eduquer à la démocratie. Matériaux de basse sur l'éducation à la citoyenneté démocratique et aux droits de l'homme pour les enseignants,* vol. I, Council of Europe/Conseil de l'Europe, 2011, 155 pp.

LIVI BACCI, M., *Breve historia de las migraciones*, Alianza Editorial, Madrid 2012, 192 pp.

LOSANO, M. G., PEREIRA CUNHA BOITEUX, E.A. y ORLANDO SOTO, F., *Solidaridad y Derechos Humanos en tiempos de crisis*, Dykinson, Madrid, 2011, 124 pp.

MARIÑO MENÉNDEZ, F., GÓMEZ GALÁN, M. y DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., *Los Derechos Humanos en la sociedad global: Mecanismos y vías prácticas para su defensa,* prólogo de F. SAVATER, Cideal, Madrid, 2011, 344 pp.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Cuestiones sociojurídicas sobre la inmigración y la integración de personas inmigrantes*, Civitas, Madrid, 2011, 182 pp.

RAMÍREZ, Á., *La trampa del velo. El debate sobre el uso del pañuelo musulmán,* Catarata, Madrid, 2011, 160 pp.

REVILLA, M. (coord.), *Infancia, juventud y migraciones. Una mirada para la cooperación internacional*, Fundación Carolina/Siglo xxi, Madrid, 2011, 416 pp.

RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C. y DE PAZ MARTÍN, J., *Estudios sobre género y extranjería,* Ediciones Bomarzo, Albacete, 2011, 213 pp.

RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros: Límites constitucionales,* prólogo de P. BIGLINO CAMPOS, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 298 pp.

SALAMERO TEIXIDÓ, L., *La protección de los derechos sociales en el ámbito de las Naciones Unidas*, Civitas, Madrid, 2012, 183 pp.

SÁNCHEZ ALCÁZAR, E., *Cooperación internacional y desarrollo sostenible en un mundo en crisis*, Universidad Católica de Murcia, 2011, 310 pp.

SECRETARÍA DE ESTADO DE IGUALDAD DEL MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD, *Legislación sobre igualdad de trato y no discriminación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 546 pp.

TORRES, F., *La inserción de los inmigrantes. Luces y sombras de un proceso,* Talasa Ediciones, Madrid, 2011, 302 pp.

La diversidad cultural en el Derecho Internacional: La Convención de la UNESCO
BARREIRO CARRIL, B.
prólogo C. DÍAZ BARRADO
y C.R. FERNÁNDEZ LIESA
presentación J. PRIETO DE PEDRO
Iustel, Madrid, 2011, 365 pp.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII. Universidad de Zaragoza]

El 20 de mayo de 2005 adoptaba la UNESCO, en su sede de París, la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, materia sobre la que versa la presente monografía, fruto de la tesis doctoral de la autora, Profesora en la Universidad «Rey Juan Carlos».

«La cultura —escribe lúcidamente la Profesora BARREIRO— desempeña… una *función* de primer orden en la configuración de la vida en sociedad, da sentido, crea la cosmovisión que los individuos que la componen necesitan para poder identificarse plenamente» (p. 113).

La monografía se enmarca en el complejo fenómeno de la globalización, fenómeno frente al cual surgía la llamada «excepción cultural» como mecanismo de protección. Lo cierto es que la globalización ha conducido a un todavía más elevado desequilibrio cultural; y éste no solamente repercute en una mejor o peor apreciación de una cultura concreta, sino en el mismo comercio mundial, en el propio desarrollo de los pueblos.

Esta obra se estructura en cuatro partes, que (juntamente con las conclusiones y la bibliografía) configuran un círculo completo.

La primera parte es la dedicada a la diversidad cultural en el Derecho Internacional, tanto en el terreno comercial como en el del Derecho Internacional general. El análisis se realiza con la debida perspectiva histórico-jurídico-económica, desde el tratamiento de los bienes culturales en el GATT, sin olvidar el proyecto de establecer un acuerdo multinacional sobre inversiones (AMI), que hubiera pasado por alto cualquier excepción cultural.

Desde la excepción cultural el ordenamiento internacional ha avanzado hasta la diversidad de las expresiones culturales, concepto nuevo sobre el que gira la Convención; se trata de un concepto forjado por la UNESCO que constituye un armazón jurídico muy consistente, muy fuerte en esta materia.

Vista desde la soberanía, la diversidad de las expresiones culturales de unos Estados exige que otros respeten algunos principios jurídicos, sobre todo el de no intervención y el de la prohibición del uso de la fuerza. El estudio profundo de la diversidad conduce al establecimiento de la trilogía «identidad, cooperación cultural y no intervención».

La fructífera relación entre cultura y desarrollo no se sitúa tan sólo en el plano propiamente cultural, sino que llega hasta el desarrollo económico. Desde la perspectiva general por eso resulta asimismo adecuada la relación con la sostenibilidad y, por supuesto, con el respeto de los Derechos Humanos de todas las personas.

En una monografía tan compleja como la presente, la autora no podía profundizar en el tema del relativismo cultural, pero también es consciente de los parámetros por los que el mismo discurre. Se trata de una materia en la cual la Convención realiza una original y novedosa aportación, a mi entender esencial, al definir la interculturalidad (art. 4, 8.º) y explicitar en el art. 2, 1.º, que «sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales». La autora escribe en esa dirección que no cabe hacer de la Convención «una interpretación en términos de relativismo cultural» (p. 347). Yo añadiría que este pronunciamiento convencional más bien es una sólida defensa de los Derechos Humanos y un destierro de los cultivadores del citado relativismo cultural, cultivadores cuya actuación no siempre obedece a la buena fe.

Aborda por otro lado la Profesora BARREIRO CARRIL el proceso de elaboración de la Convención de 2005, impulsada desde Canadá y la alianza franco-quebequense; la acción será potenciada por la francofonía, la Unión Europea y los Estados latinoamericanos, principalmente.

Frente a ese impulso cabe destacar la intransigente posición de los EE.UU.; esta intransigen-

cia era explicable (pero no admisible), pues la introducción en el texto convencional de una relación equitativa entre culturas amenazaba su primacía y su imperialismo cultural.

Cuando comienzan a surgir las primeras propuestas para adoptar la Convención, sobresale precisamente la avanzada posición de Canadá, cuyo mercado cultural estaba «aquejado por la estadounificación» (p. 139). En la preparación del texto convencional, también ofrece gran interés el apartado en el que se examina el importante papel de la sociedad civil. Por otra parte, frente a la intransigencia de Washington, sin duda estuvo acertada la elección del foro de la UNESCO, a cuyo seno había vuelto en 2003, tras vilipendiar a esta Organización Internacional e intentar acabar con ella durante mucho tiempo; a pesar de todo, la superpotencia no cejó en sus intentos de abortar la adopción de este tratado internacional, táctica ya conocida en otros ámbitos del Derecho Internacional Público como la lucha contra el cambio climático o la codificación de los crímenes internacionales (recordemos la adopción en 1998 del Estatuto de Roma, por el que se establece la Corte Penal Internacional y todas las maniobras estadounidenses en contra de la Corte, para desembocar en la denominada «Ley de invasión de La Haya»). Concorde con esa táctica obstruccionista (presente en el estadio preconvencional, en el convencional y en el postconvencional), hasta el momento los EE.UU. no son partes en la Convención.

La tercera parte analiza el contenido normativo de la Convención. Se centra primero en la noción de industrias culturales, nuevo lenguaje no a nivel universal pero sí para la UNESCO. La Convención tiene por objeto proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales contemporáneas, objeto que se ramifica hasta en nueve objetivos, enunciados en su art. 1.

Afirma con toda razón la autora de esta monografía que tan importante como tener presente el objeto y los objetivos es tener en cuenta lo que la Convención no es: Ni un texto sobre los derechos culturales de los pueblos indígenas, ni un tratado internacional sobre normas de la competencia entre industrias culturales, ni un texto que regule la propiedad intelectual.

La conjugación del binomio soberanía cultural-Derechos Humanos permite trabar bien todo el texto convencional. Sin estar ante un tratado que regule los Derechos Humanos en el ámbito cultural, conecta con nitidez especialmente con el derecho de toda persona a participar en la vida cultural que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge en su art. 15, 1.º, a) y cuya formulación más actual realiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General n.º 21, de 2009.

La diversidad cultural, que ofrece tantas ramificaciones, aparece como un instrumento de cooperación entre Estados, al servicio del desarrollo y, en este sentido, no podemos olvidar la sostenibilidad, incorporada desde el Derecho Internacional del Medio Ambiente.

En el terreno del control del cumplimiento, además de un mecanismo de arreglo de diferencias, aparecen el Comité Intergubernamental y la Conferencia de las Partes. No queda claro, a mi entender, el papel de la sociedad civil en este control, que puede ser mucho más teórico que real, salvo que lo potencie directamente la UNESCO.

La cuarta parte ubica la Convención en el ordenamiento internacional, analizando su relación con otros instrumentos internacionales y destacando los aspectos más relevantes que este texto de la UNESCO aporta al ordenamiento internacional. Me parece especialmente interesante destacar el diálogo intercultural o (si se prefiere) la interculturalidad a nivel internacional e interno. Puede hablarse de un terreno en el cual (en un sentido equitativo y respetuoso) estamos todavía comenzando; espero que la sociedad civil no deje este terreno exclusivamente en manos de los Estados.

Finalmente se produce el cierre del círculo con las claras y bien estructuradas conclusiones y la enumeración de unas amplias y selectivas fuentes.

Toda la obra se estructura mediante unas guías o líneas directrices que la encauzan, la jalonan: La diversidad cultural, el comercio, los Derechos Humanos, la soberanía cultural, la identidad en este terreno, el desarrollo. La incidencia de estas

líneas directrices se percibe equilibradamente en todo el desarrollo.

Puede considerarse un lugar común que el autor de esta recensión aconseje la lectura de la obra recensionada; a pesar de ello, la aconsejo vivamente no solamente por ser una obra original, muy bien escrita, estructurada y razonada, sino sobre todo por las razones siguientes:

1.ª La originalidad de esta monografía (no existía, al menos en español, una obra específica y ya resultaba necesaria);

2.ª La calidad técnica de esta monografía, a través de la cual la autora abre numerosas y amplias perspectivas;

3.ª La valentía del planteamiento utilizado, al abordar un aspecto tan complicado, tan difícil del Derecho Internacional, en continua evolución desde hace tiempo, sin evitar cualquier ángulo, por difícil que sea.

Esta valentía, sin duda tras un ingente esfuerzo de la autora y los directores de la tesis, ha rendido espléndidos frutos, ahora reflejados.

Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica
VV.AA.
Fernández Avilés, José Antonio y Moreno Vida, María Nieves (dirección)
Ortega Pérez, Nieves; Guillén López, Enrique; Javier Durán Ruiz, Francisco y Triguero Martínez, Luis Ángel (coordinación)
Colección Trabajo y Seguridad Social, dirigida por José Luis Monereo Pérez
Editorial Comares, Granada, 2011, 868 páginas

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

[Becaria FPU del Ministerio de Educación. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada]

Los cambios de la situación económica afectan de manera extraordinaria a las realidades sociales y políticas en que se producen. Se puede afirmar, en este sentido, que la crisis protagonista de la coyuntura económica de nuestros días tiene un notable impacto en toda la sociedad, si bien uno de los colectivos más duramente afectados ha sido la población inmigrante, pues, como es sabido, amplios porcentajes de trabajadores inmigrantes han sido expulsados del mercado laboral. Precisamente, el análisis de la repercusión de la crisis económica en los ámbitos social y político del fenómeno migratorio constituye la razón de ser de la obra *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, dirigida por José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS y María Nieves MORENO VIDA (Profesor Titular y Catedrática, respectivamente, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada). Con vocación ambiciosa, este trabajo colectivo logra cumplir con el propósito que lo inspira, ya que aborda toda la materia sociolaboral desde la perspectiva de la inmigración y las políticas jurídicas que se despliegan en torno a la misma, moduladas por el notable impacto de la crisis económica. Sin duda alguna, nos hallamos ante una temática sumamente actual, toda vez que la presencia de flujos migratorios acompaña inexorablemente a los tiempos presentes de globalización. De ahí el gran interés que despierta su estudio.

La necesidad de tratar la inmigración desde una obra totalizadora como la que se recensiona se evidencia en cuanto se pone de relieve el carácter transversal y multidisciplinar del hecho migratorio, el cual incide en la más variada gama de cuestiones políticas y jurídicas. Como corresponde a la múltiple perspectiva adoptada, son muchas las disciplinas de las que proceden los autores. Todos ellos, reconocidos especialistas en la materia, aúnan esfuerzos por indagar en los efectos que el contexto económico actual tiene sobre las dimensiones institucionales y políticas de la cuestión migratoria, siendo los trabajos fruto de algunas de las intervenciones llevadas a cabo en el I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, celebrado del 16 al 18 de febrero de 2011 en la ciudad de Granada.

La estructura de la obra se articula en cinco partes que, de forma meritoria, combinan bloques temáticos en materia de inmigración, a través de los cuales se estudia el marco general en el que se inscriben las políticas jurídicas que inciden en la misma, con análisis de sus virtudes y defectos, sus logros y lagunas.

Las diversas partes aparecen precedidas de un conciso Estudio General que, con la rúbrica «La gobernanza global de las migraciones internacionales», se centra en la problemática de las migraciones como fenómeno intrínsecamente transfronterizo, al tiempo que plantea las cuestiones de gobernanza que suscitan. Bajo este hilo conductor, se denuncia la ausencia de una eficaz reglamentación global coherente con las migraciones internacionales actuales, utilizándose un evidente enfoque crítico con la debilidad de los mecanismos multilaterales para algunos y no poco trascendentales aspectos migratorios.

La primera Parte, «Crisis económica, inmigración y política», aglomera provechosos estudios que, sirviéndose de diferentes pero complementarias perspectivas, analizan la notable incidencia de la crisis económica en el sistema migratorio, realizando una amplia panorámica desde el escenario internacional hasta el más concreto autonómico andaluz.

La crisis económica no sólo ha afectado a los flujos migratorios, sino también al marco político en que se insertan, condicionando la remodelación de éste en muchos aspectos. Es por ello que se trata una gran variedad de cuestiones vinculadas al diseño institucional y contenido sustantivo de la política de inmigración, combinadas con interesantes elementos de reflexión sobre la situación actual. Con voluntad prospectiva, los autores consiguen vislumbrar el futuro de la intervención social pública en este ámbito, su extensión e intensidad.

Buena parte de este bloque examina igualmente el impacto de la actualidad económica en el plano laboral y, de modo particular, en el desempleo, prestándose atención a los rasgos básicos actuales del mercado de trabajo de la población inmigrante y los cambios más relevantes acecidos en el mismo. Los programas de retorno también emergen en objeto de estudio, así como la relación que existe entre éstos y su incremento en contextos de crisis económicas, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

En la segunda Parte, «Políticas de integración: interrelación autonómica, estatal y europea», se deja constancia como en ninguna otra de la estrecha correspondencia entre las instituciones a nivel internacional, regional y nacional. En efecto, a lo largo de estas páginas, el lector tendrá acceso al análisis de la coordinación entre los entes territoriales intervinientes en el desarrollo de políticas públicas de inmigración. Resulta de interés, en concreto, el examen de los mecanismos político-jurídicos de integración impulsados desde la Unión Europea a la luz de los múltiples movimientos migratorios, así como los mecanismos técnico-jurídicos instaurados en su seno, planteándose la problemática de la articulación de las tradiciones y su inserción en una sociedad multicultural.

Concretando más allá de la respuesta política suministrada en el plano europeo y estatal, se pone de manifiesto el creciente protagonismo asumido por las Comunidades Autónomas en el proceso de integración social, económica y cultural de los inmigrantes desde diversos ámbitos competenciales. Al mismo tiempo, se desciende al último peldaño territorial de la mano de las actuaciones públicas en el plano local en aras a la gestión de la diversidad social, repasando el tipo de recursos con los que se cuenta, los agentes que intervienen y los programas implementados.

La tercera Parte, «Ordenación normativa del trabajo de los extranjeros en España (puntos críticos)», aborda en profundidad el marco político-jurídico y los derechos sociolaborales de los trabajadores extranjeros en nuestro país, con continua alusión a las múltiples reformas acaecidas en la normativa de extranjería. A lo largo de estas páginas no se obvia atención a la situación de irregularidad administrativa de los trabajadores extranjeros, pues se brinda un estudio detallado de las consecuencias jurídico-laborales de la misma.

A estos efectos, cabe resaltar la amplitud del abanico de temas ofrecido en el conjunto de capítulos aglutinados en esta parte ya que, junto al tratamiento de la instrumentalización de la negociación colectiva en la integración sociolaboral de los trabajadores extranjeros en España, con minucioso examen del contenido de los mismos, se muestran las medidas adoptadas como consecuencia del impacto de la crisis sobre la gestión de los flujos migratorios laborales: las facilidades al retorno voluntario y

los acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores en sus países de origen. Todo ello se complementa con un análisis jurídico-político de las autorizaciones de trabajo y las políticas reguladoras de la reagrupación familiar, a la vez que se reflexiona sobre el asentamiento de la feminización de las migraciones.

En cualquier caso, lo cierto es que el contenido de la obra quedaría incompleto sin la referencia al derecho a la Seguridad Social y al acceso a las prestaciones asistenciales por los trabajadores inmigrantes. Es por ello que la cuarta Parte, «Seguridad Social y Asistencia Social para ciudadanos extranjeros (estado de la cuestión)», nos introduce en el marco normativo de la protección social del colectivo inmigrante, afrontando todas las cuestiones incardinadas en la misma. En concreto, la nueva realidad del hecho migratorio y su impacto en el ámbito jurídico de la protección social se exponen de la mano de los documentos emanados de instancias internacionales y de un repaso de las relaciones entre las políticas de migración, las de desarrollo y las sociales.

Con carácter sectorial, se atiende también a sugestivos aspectos particulares del fenómeno migratorio como las prestaciones asistenciales específicas para los trabajadores migrantes temporales, la protección de los extranjeros dependientes, o incluso los efectos jurídicos que puede desplegar el matrimonio polígamo en materia de Seguridad Social.

La protección de la salud supone una vía de promoción de la participación ciudadana y de la inclusión social de los extranjeros, además de una adecuada puerta de acceso hacia otros recursos de integración. En este sentido, la trascendencia de la prestación sanitaria merece una atención particularizada en la quinta y última Parte, «Derecho a la salud y a la asistencia sanitaria de los extranjeros», centrada en el acceso al sistema sanitario público y sus prestaciones por parte de la población inmigrante residente en nuestro país, abordando los derechos de este colectivo en el ámbito de la protección de la salud.

No sólo es objeto de estudio el marco normativo sobre el ámbito de cobertura de asistencia sanitaria de los inmigrantes, pues se contiene igualmente un detenido examen de la relación del paciente inmigrante con el médico en particular y con el sistema de salud en general, determinada muy marcadamente por el factor cultural y la pertenencia a una minoría. En este contexto, se plantea la ordenación jurídica del consentimiento informado, sin eludir las complejidades derivadas de las barreras lingüísticas que obstaculizan el acceso a una atención sanitaria de calidad. A su vez y, desde una perspectiva eminentemente sociosanitaria, se observa el hecho migratorio en términos de demanda asistencial y coste económico, relacionándose el aumento de la primera con la congestión en el funcionamiento del sistema sanitario público.

El enfoque comunitario, tan importante en la comprensión de la cuestión migratoria, vuelve a ser utilizado en esta parte, la cual analiza los principios comunes a los sistemas de salud de los Estados miembros en el marco de la reciente Directiva sobre los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Si bien se ensalzan los avances que ésta supone en materia de costes, derecho de reembolso y autorización previa, lo cierto es que se apuntan con espíritu crítico los no escasos problemas de aplicación que genera la norma europea, así como los intensos debates que suscita su implantación.

Una vez expuesto someramente el atractivo contenido de *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, se colige que logra superar un mero planteamiento descriptivo del marco jurídico regulador del fenómeno migratorio, al incorporar provechosos elementos reflexivos y críticos y presentar los desafíos político-jurídicos en la materia, manteniendo en todo momento una loable riqueza en perspectivas metodológicas y teórico-analíticas. Es este espíritu integrador presente a lo largo de toda la obra el que demuestra que la inmigración, como realidad intrínsecamente compleja, necesita ser abordada mediante la toma en consideración de múltiples factores sociales, políticos y jurídicos. Quien, animado por el interés en cualquiera de ellos, emprenda la lectura de la obra objeto de recensión, no quedará defraudado.

Reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros en España
VACAS FERNÁNDEZ, FÉLIX
Dykinson, Madrid, 2011, 105 pp.

HERVÉ ANDRÉS

[Unité de recherches «Migrations et société» (URMIS), Université de Nice Sophia-Antipolis (Francia)]

ÁNGEL CHUECA SANCHO (traducción)

[Director Adjunto de la REDMEX]

Agradezco a la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* el haberme solicitado, aun cuando no soy jurista ni español, el realizar la recensión de la obra de Félix VACAS FERNÁNDEZ, Profesor de Derecho Internacional Público, sobre el derecho de sufragio de los extranjeros en España. Una obra que presenta un estudio profundo de esta cuestión y estimula la reflexión, lo cual me llevará a salir del simple marco del «resumen analítico», con el fin de proponer, en algunas líneas, interpretaciones bastante personales de los desarrollos realizados por el Prof. VACAS.

La cuestión del derecho de sufragio de los extranjeros es una de las cuestiones centrales suscitadas en el marco de la democracia actual, en un momento en el cual los Estados se enfrentan a la intensificación de las migraciones humanas, los intercambios económicos y la circulación de informaciones. La ficción de la soberanía de los Estados, entendida como poder ilimitado, se halla desestabilizada por diferentes fenómenos como las agencias de calificación de riesgos cuyo impacto sobre las tasas de interés, así como sobre las políticas económicas, ridiculiza a los parlamentos y a los gobiernos nacionales. Pero, como paradoja, la soberanía parece subsistir en bloques completos de las políticas estatales y, sobre todo, en la gestión de los seres humanos, de sus derechos y de su circulación. El Estado no parece ser soberano más que para controlar, limitar, obstaculizar los derechos de las personas mientras se inclina ante el poder de las multinacionales y de las potencias del dinero.

En efecto, la cuestión del derecho de sufragio de los extranjeros se encuentra en el centro del dilema de las democracias modernas a las cuales, por una parte, la exigencia democrática les conduce a reconocer el derecho de participación de los seres humanos afectados por las decisiones políticas mientras, por otro lado, el recurso al conjuro de una concepción arrogante de la soberanía les conduce a dejar a los extranjeros fuera «del derecho de tener derechos» políticos. Pues bien, esta cuestión es fundamental para la democracia en el siglo XXI. Aparece en los diferentes campos teóricos (filosofía y ciencias políticas, sociología, economía, demografía, historia, etc.) y se plantea a los ciudadanos que se ven impulsados a debatir tales temas en numerosos países. Por ejemplo, en Francia es uno de los puntos debatidos en la campaña electoral presidencial de 2012.

El Profesor Félix VACAS FERNÁNDEZ analiza el proceso reciente de la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros en España desde la perspectiva del Derecho Internacional. Su aportanción es pertinente en doble sentido. Por un lado, permite actualizar la reflexión sobre los problemas específicos españoles tras el proceso lanzado en 2008 por el Gobierno y el Parlamento españoles, que condujeron a los servicios diplomáticos a celebrar tratados bilaterales que permitieron la concesión del derecho de voto a una mayoría potencial[1] de los residentes extranjeros en España en las elecciones municipales de 2011. Por otro lado, muestra la paradoja de aplicar el principio de reciprocidad al derecho de sufragio de los extranjeros, paradoja que acaso consiste en conciliar lo inconciliable, o sea conciliar el principio de soberanía y el reconocimiento de los derechos de las personas, incluidos los del ámbito político. Ello prueba que el proceso español realiza avances incontestables (en el derecho positivo de ciertas categorías de residentes extranjeros en España y, puede añadirse, por el efecto de atracción en ciertos países) pero también subraya los límites (en cuanto a la extensión, forzosamente restricti-

(1) Incluyendo a los ciudadanos europeos, la mayoría de los extranjeros residentes en España tuvieron el derecho de votar en las elecciones municipales (tras cumplir la condición de cinco años de residencia). De ellos, solamente un tercio eran no ciudadanos de la UE.

va, de los Estados a cuyos nacionales se les concederán nuevos derechos y en el carácter muy modesto de estos nuevos derechos). En el fondo, y este es el gran interés de la obra también para un no-jurista de la otra parte de los Pirineos, la experiencia española es muy instructiva para todos los que tienen una concepción exigente de la democracia, sea cual sea el país, y el Profesor Vacas muestra la necesidad de una verdadera refundación de la ciudadanía, abierta a los inmigrantes, para que responda a sus deseos.

El libro está prologado por Elviro ARANDA ÁLVAREZ, Profesor Titular de Derecho Constitucional y Diputado nacional del Grupo Socialista, que recuerda sobre todo el contexto político e institucional en el cual se relanzó en 2008 el proceso de reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros. El objetivo inicial era favorecer la integración de las personas extranjeras que viven, trabajan y contribuyen al desarrollo y sostenimiento de España, concediendo el derecho de sufragio a los extranjeros no ciudadanos de la UE. Teniendo en cuenta las dificultades constitucionales (el art. 13.2 de la CE de 1978 condiciona la concesión del derecho de sufragio a criterios de reciprocidad) y políticas (el Partido Popular mostró sus reticencias), la vía elegida fue la de los acuerdos internacionales con los países que ya concedían el derecho de sufragio a los residentes españoles (o estaban inclinados a su concesión). Para el lector francés de esta obra siempre es sorprendente que la perspectiva de una revisión constitucional ni siquiera se evoque (o solamente a título de ocurrencia, p. 16), a pesar de que la Constitución haya sido reformada por segunda vez hace poco, para incluir en ella el principio de estabilidad presupuestaria. Recordemos que la primera reforma constitucional (la única hasta hace poco tiempo) había afectado justamente al derecho de sufragio (en concreto, al derecho de ser elegido) de los extranjeros (para adecuar la norma constitucional al Tratado de Maastricht, en 1992). La otra vía posible, más suave, habría consistido en modificar los arts. 176 y 177 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General —LOREG— (sobre todo para evitar el abrir negociaciones diplomáticas, siempre arriesgadas). Pero no se eligió esta vía y Elviro ARANDA ÁLVAREZ coincide con el Prof. VACAS al subrayar, a la hora del balance, el escaso número de nuevos electores inscritos para las elecciones municipales de 2011 (45.000, o sea el 13% del nuevo cuerpo electoral potencial). Basada en una interpretación muy estricta del principio de reciprocidad, la actuación española ha consistido en abrir negociaciones bilaterales con algunos países. Como experto conocedor de este tipo de negociaciones diplomáticas, sobre todo en cuanto a los flujos migratorios[(2)], el Prof. VACAS era la persona más indicada para analizar el desarrollo de esta actuación relativa al derecho de sufragio.

Las dos citas destacadas en el estudio del Prof. VACAS sitúan perfectamente la perspectiva que mantiene. Por una parte, se refiere a KANT, quien en su tratado *Sobre la Paz Perpetua* invoca el derecho universal de todos los hombres a residir en cualquier lugar de la tierra. Por tanto, el Prof. VACAS inicia su análisis del derecho de sufragio desde una perspectiva universalista y cosmopolita. Por otro lado, recuerda el eslogan de la revolución americana «No taxation without representation», que prueba que la cuestión de los Derechos Humanos nunca debe ser contemplada desde el único punto de vista del poder estatal y que, por el contrario, debe estudiarse desde un punto de vista dialéctico, contando con la acción política y las luchas de los seres humanos, de los ciudadanos activos, para conquistar nuevos derechos. Por eso, el problema de estos Derechos no puede ser considerado como tratado definitivamente y una perspectiva realmente democrática nos invita siempre a cuestionarlo, en un sentido universalista. Como señala el Prof. VACAS, los Derechos Humanos son una construcción histórica, no son datos de la naturaleza sino el fruto de luchas (p. 23). El objetivo que subyace a este trabajo, que fue inicialmente del Gobierno Zapatero y del Parlamento español en 2008, así como de los promotores del derecho de sufragio de los extranjeros en general, es el del reconocimiento de este derecho en las

(2) *Cf.* Félix VACAS FERNÁNDEZ, *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios: Contexto, marco jurídico y contenido*, Dykinson, Madrid, 2007.

elecciones municipales a **todos** los extranjeros que residan de forma regular y estable en España. Su estudio muestra cómo este objetivo sigue siendo necesario, pero todavía lejano por las dificultades encontradas y los límites jurídicos y políticos actuales.

Animo a los lectores a leer de forma detallada la obra del Prof. VACAS, que yo no puedo aquí más que presentar sintéticamente, subrayando los puntos que han atraído mi atención.

La obra del Prof. VACAS se estructura en dos partes, cada una subdividida en dos capítulos. La primera parte presenta el punto de partida (antes de las negociaciones bilaterales), mientras la segunda presenta el punto de llegada (tras las negociaciones bilaterales). Cada capítulo impar es una descripción del derecho en vigor, mientras cada capítulo par examina los problemas suscitados y las soluciones.

La primera parte fija el punto de partida, antes del lanzamiento del proceso diplomático tendente a negociar tratados de reciprocidad en la materia.

El capítulo primero estudia el marco jurídico internacional e interno aplicable al reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones municipales en España. Recordando que se trata, en el fondo, de la cuestión ligada (o desligada) a la nacionalidad (estatuto jurídico de una persona en relación con un Estado) y a la ciudadanía (estatuto político de la persona que participa en la gestión de los asuntos públicos), o sea ligada fundamentalmente a soberanía y democracia (p. 32), el autor demuestra que el Derecho Internacional es un débil recurso para resolver este problema y que, globalmente, en el momento actual es el derecho interno de cada Estado soberano el que define las condiciones de acceso y de ejercicio de la ciudadanía. Los recursos del Derecho Internacional (sobre todo, la Declaración universal de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) aparecen como muy limitados en materia del derecho de sufragio (de los extranjeros). Por lo que atañe a los avances europeos, son reales en el Consejo de Europa y, sobre todo, en la Unión Europea. Pero también son limitados, por un lado por el carácter no obligatorio de la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local y, por otro, por el carácter restrictivo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, definiendo la Ciudadanía Europea a partir de la nacionalidad de los Estados miembros, definición que permite reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo a nivel municipal y europeo a todos los residentes europeos de la Unión (27 Estados miembros, en estos momentos). Este capítulo incluye asimismo un estudio de derecho comparado, que demuestra que la práctica del derecho de sufragio de los extranjeros no es excepcional, que se halla en desarrollo en un creciente número de países, sobre todo los más democráticos; pero esta tendencia global no permite superar el carácter discrecional de los Estados para determinar en qué medida abren o no abren el derecho de sufragio a los extranjeros. El derecho español está marcado por la exigencia de reciprocidad presente en la Constitución y ausente de la legislación electoral (LOREG) y la legislación sobre extranjeros.

El segundo capítulo estudia los problemas planteados al reconocimiento general del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales en España derivados del principio de reciprocidad; una de sus aportaciones importantes consiste precisamente en el fino análisis de este principio. Demuestra cómo la reciprocidad en el Derecho Internacional está ligada a una concepción tradicional (o sea, superada) del mundo; se trata, según el orden tradicional —westfaliano— de la división del planeta entre Estados soberanos, cuya soberanía es a la vez ilimitada verticalmente (cada príncipe es emperador en su reino) y plural horizontalmente (pues cada Estado reconoce a los otros Estados como igualmente soberanos). La reciprocidad, mecanismo de relación entre miembros de una sociedad poco institucionalizada (p. 54), subsiste todavía en el orden internacional mientras la sociedad internacional se institucionaliza poco a poco, sobre todo después de los dramas de las dos guerras mundiales, con la emergencia de un Derecho Internacional contemporáneo que comienza a reconocer derechos «universales» a las personas, más allá de los Estados. Así, mientras la concepción tradicional entregaba la totalidad de las existencias humanas a los Estados,

únicos sujetos del Derecho Internacional y, por tanto, los únicos que podían reconocer derechos en sus jurisdicciones internas a sus nacionales o a los extranjeros, ahora esta dicotomía ha explotado. Las personas dejan de ser tan sólo objeto de las relaciones entre Estados y comienzan a ser titulares de derechos, independientemente de su nacionalidad.

Sin embargo, los derechos políticos, en sí mismos, en el momento actual, continúan siendo totalmente dependientes de los Estados. Por tanto, someterlos al principio de reciprocidad es volver otra vez a la concepción tradicional del mundo, es colocar la democracia bajo la tutela de la soberanía de los Estados, cuando la misma soberanía se ve debilitada cada día por los hechos (que demuestran que los Estados se someten a diversas fuerzas que desde luego escapan a cualquier control democrático). El Prof. VACAS realiza un fino análisis de la aplicación del principio de reciprocidad en el caso español e incluso, sin llegar hasta ese punto, muestra cómo de manera paradójica la soberanía española finalmente también sale debilitada por la aplicación demasiado estricta de ese principio. Efectivamente, si la voluntad (soberana) de España era conceder el derecho de sufragio a los residentes extranjeros para favorecer su integración política (p. 61), esta voluntad se ve obstaculizada por las dificultades de las negociaciones diplomáticas. En el fondo, la situación del derecho de sufragio en España es totalmente dependiente de otras jurisdicciones extranjeras.

A pesar de todo, España tuvo (*al menos,* se puede estar tentado de añadir más allá de los Pirineos, lugar en el que todavía no se da el caso…) el mérito de actuar, de abrir negociaciones, que se tradujeron en la firma de diferentes acuerdos bilaterales, de diferentes naturalezas, que permiten extender el derecho de voto a nuevas categorías de electores.

La segunda parte presenta la situación actual del desarrollo de la iniciativa de reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones municipales en España y la posible solución de los problemas no resueltos.

El capítulo tercero analiza los tratados de reciprocidad anteriores a 2008 y los celebrados recientemente, que han permitido conceder el derecho de voto municipal a nacionales de 10 Estados no miembros de la UE[3]. Subraya, sobre todo, las dificultades encontradas en países como Argentina, donde la legislación electoral municipal depende de los Estados federados, que reconocen casi todos ellos el derecho de sufragio a los residentes españoles, pero que no puede por tanto cumplir plenamente las condiciones estrictas de reciprocidad para que el Estado español reconozca el derecho de sufragio a los residentes argentinos. También están presentes de modo detallado otros problemas como la duración de la residencia exigida y el reconocimiento, o no reconocimiento, del derecho a ser elegido. En fin, este capítulo estudia la modificación de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (puesto que la LOREG no ha podido ser modificada sobre el derecho de sufragio de los extranjeros), que demuestra que los objetivos proclamados son ambiciosos respecto al reconocimiento de los derechos fundamentales de los extranjeros en España. Pero sin duda los objetivos deben evaluarse a la luz del resultado. El Prof. VACAS deplora, en todo caso, que el proceso haya conducido a establecer nuevas situaciones discriminatorias entre extranjeros, porque según su nacionalidad algunos se ven reconocidos parcialmente como ciudadanos, mientras otros no logran ese reconocimiento (p. 80).

El capítulo cuarto presenta un balance del proceso y posibles soluciones a los problemas que se plantean para reconocer de forma general el derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros residentes en España. El Pr. VACAS aporta datos estadísticos que prueban que casi un tercio de los residentes no ciudadanos de la UE tienen el derecho de sufragio en España, lo cual es innegablemente un avance, pero también innegablemente limitado respecto a sus objetivos iniciales. Subraya los inconvenientes de la aplicación del principio de reciprocidad, que conduce a una fragmentación de

(3) Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú. Trinidad y Tobago se unía a esta lista en noviembre de 2011.

las situaciones jurídicas y políticas según las nacionalidades y va en contra de la finalidad de integración social y política de los extranjeros. Tal vez el lector se distraiga con las palabras de un diputado que cita a Marruecos como un país «con el cual no se puede firmar ningún convenio» (p. 85), a pesar de que la nueva Constitución marroquí, adoptada en junio de 2011 mediante referendum, prevé el reconocimiento del derecho de voto municipal para los residentes extranjeros (art. 30). La importancia numérica de los marroquíes en España ¿conducirá a España a abrir una nueva negociación?

El Prof. VACAS examina diferentes soluciones que podrían resolver los problemas suscitados por la aplicación demasiado estricta (y demasiado limitada) del principio de reciprocidad. En primer lugar, evoca una interpretación suave de tal principio, apoyándose sobre todo en las tesis del Consejo de Estado, que se basa en el concepto de vecino (art. 140 CE), para evitar el art. 13.2 CE y fundar la ciudadanía en la residencia y no en la nacionalidad. Pero la jurisprudencia conduce a excluir esta solución, poco viable jurídicamente.

En segundo lugar, el Prof. VACAS estudia la vía de la reforma constitucional, distinguiendo dos soluciones posibles. La una, maximalista, consistiría en suprimir toda nacionalidad en el derecho de sufragio. Parece poco admisible políticamente. La otra, más modesta, consistiría en suprimir la cláusula de reciprocidad para las elecciones municipales. Esta reforma podría adoptarse siguiendo el procedimiento ordinario previsto en el art. 167 CE. Se trata de la vía defendida por el Prof. VACAS, que deplora que no haya sido seguida (p. 92). En el fondo, el dispositivo elegido por España se revela demasiado pesado *de facto*, puesto que tras dos años de residencia los nacionales de Estados latinoamericanos pueden ser españoles (y disfrutar así de todos los derechos de sufragio), de modo más fácil que conseguir tan sólo el derecho de voto municipal.

En conclusión, el Prof. VACAS recapitula las diferentes limitaciones (únicamente para las elecciones municipales, únicamente para el derecho de voto, a condición de cinco años de residencia legal y continuada y, sobre todo, a condición de reciprocidad formalizada en un tratado) que prácticamente han vaciado de sentido la ambiciosa reforma contemplada inicialmente. Reitera la imperiosa necesidad de reformar la Constitución española para suprimir la cláusula de reciprocidad y, en fin, salir del mundo del s. XIX en el cual los derechos de las personas dependían completamente de la arbitrariedad de los Estados. Apoyando una refundación de la ciudadanía desconectada de la nacionalidad, preconiza el reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros como una utopía necesaria para la democracia y los Derechos Humanos.

La obra del Prof. VACAS constituye una aportación insoslayable para quienes se interesan por la cuestión del derecho de sufragio de los extranjeros y los derechos de los extranjeros en general, pero va mucho más allá proponiendo una estimulante reflexión sobre la refundación de los Derechos Humanos a comienzos del s. XXI, más allá del principio de soberanía.