

DIRECTOR: PASCUAL AGUELO NAVARRO

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

Nº 27

Revista de Derecho Migratorio y Extranjería

© Lex Nova 2011

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 todas las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos que el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) distribuye a las empresas reutilizadoras de información pública. Esta nota se incluye en cumplimiento de las condiciones generales de reutilización establecidas por el artículo 3.6 del Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

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 PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA <i>César Tolosa Tribiño</i>	11
II. LAS UNIONES NO MATRIMONIALES COMO FAMILIARES REAGRUPABLES: PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA EN CATALUÑA <i>Diana Marín Consarnau</i>	39
III. UN ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNOS ELEMENTOS NOVEDOSOS APORTADOS POR LA CONVENCION DE LA UNESCO PARA LA DIVERSIDAD CULTURAL <i>Beatriz Barreiro Carril</i>	61

DOSSIER

INCIDENCIA DE LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES (DERECHO COMÚN Y DERECHO FORAL ARAGONÉS) <i>Honorio Romero Herrero</i>	83
--	----

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES	
Asilo	121
Expulsión	139
Derecho al trabajo	152
Permiso de trabajo	156
Derecho penal	161
Homologación de títulos	164
Nacionalidad	169
Régimen comunitario	181

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA	201
II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS	203

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. SUCESIÓN DE ESTADOS Y NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS: EL CASO DE MONTENEGRO <i>María Belén Olmos Giupponi</i>	217
II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y MIGRACIONES LABORALES <i>Georgina Alejandra Guardatti y María Constanza Albert</i>	235
III. QUE EUROPA NO PIERDA «LOS PAPELES» PARA CONTROLAR A «LOS SIN PAPELES» <i>Eduard Sagarra Trias</i>	251
IV. TURQUÍA, O EL ISLAM ANTE EUROPA <i>Ángel López-Sidro López</i>	257

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	271
II. JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA	279

COMPLETE INDEX

	Página
EDITORIAL	7

ARTICLES

I. DISCIPLINARY PROCEEDING IN THE REGULATION OF THE IMMIGRATION LAW	
<i>César Tolosa Tribiño</i>	11
II. FAMILY REUNIFICATION AND UNMARRIED PARTNERSHIPS: SPECIFIC SITUATION IN CATALONIA	
<i>Diana Marín Consarnau</i>	39
III. AN ANALYSIS OF THE RELATION BETWEEN CULTURAL DIVERSITY AND UNIVERSAL HUMAN RIGHTS: SPECIAL MENTION TO SOME NEW ELEMENTS OF THE UNESCO CONVENTION ON CULTURAL DIVERSITY	
<i>Beatriz Barreiro Carril</i>	61

DOSSIER

IMPACT OF IMMIGRATION ON THE FAMILY AND INHERITANCE LAW (COMMON LAW AND REGIONAL ARAGONESE LAW)	
<i>Honorio Romero Herrero</i>	83

REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES	
Asylum	121
Expulsion	139
Right to work	152
Working license	156
Criminal Law	161
Recognition of qualifications	164
Nationality	169
Community Rules	181

LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT	201
II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS	203

RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. STATES SUCCESSION AND CITIZENSHIP: THE CASE OF MONTENEGRO <i>María Belén Olmos Giupponi</i>	217
II. MERCOSUR AS A BLOC OF REGIONAL INTEGRATION: PROGRESSES AND CHALLENGES. FREE MOVEMENT OF PEOPLE AND LABOUR MIGRATIONS <i>Georgina Alejandra Guardatti y María Constanza Albert</i>	235
III. EUROPE NOT TO LOSE ITS RAG IN ORDER TO CONTROL TO «THOSE WITHOUT PAPERS» <i>Eduard Sagarra Trias</i>	251
IV. TURKEY, OR ISLAM BEFORE EUROPE <i>Ángel López-Sidro López</i>	257

**BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS
AND NOTIFICATIONS**

I. BIBLIOGRAPHICAL NOTICES	271
II. CONFERENCES ABOUT FOREIGNERS AFFAIRS	279

EDITORIAL

El 30 de junio, en vísperas del inicio de las vacaciones judiciales, entraba en vigor el nuevo reglamento de extranjería. Se avanzaba así en la reforma de la normativa migratoria iniciada con la promulgación de la LOEX 2/2009 y la Ley de Asilo 12/2009. En la actualidad todavía queda pendiente de elaboración el Reglamento de los Centros de Internamiento (CIES) y el Reglamento de desarrollo de la Ley de Asilo. Si bien, en nuestro anterior número de la REDMEX, se realizó un importante esfuerzo por presentar en un extenso primer dossier acerca de las novedades más trascendentes de la reforma reglamentaria, a día de hoy, los tribunales contencioso-administrativos apenas han tenido ocasión de pronunciarse sobre la nueva regulación. A lo largo del último cuatrimestre del año tendremos la oportunidad de analizar las primeras sentencias que, deberán interpretar y desplegar el verdadero alcance de la reforma.

La entrada en vigor del RELOEX vino acompañada de la decisión del Gobierno español de reimplantar la moratoria para los trabajadores rumanos por cuenta ajena. Su aplicación está dando lugar a ciertas situaciones controvertidas, como es el caso de residentes rumanos que se encuentran en España desde hace tiempo y que pretenden ahora incorporarse al mercado laboral. En todo caso la medida tan sólo puede ser temporal (hasta el 31 de diciembre de 2013, de acuerdo con el Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía, Anexo VII); por eso en breve tiempo el proceso de plena incorporación de los nacionales rumanos será una realidad, también en España.

Por otra parte, la REDMEX, consciente de la importancia de las nuevas parcelas de ámbito jurídico, que el hecho de la inmigración está haciendo surgir en el mundo del Derecho, se ha planteado en el presente número la publicación de un novedoso **dossier** sobre aspectos relativos al Derecho de Familia y Sucesiones con elemento de extranjería. Estamos seguros de que su estudio ayudará a desarrollar una mejor práctica profesional.

Los artículos y estudios publicados en este número de verano de la REDMEX tratan de reflexionar, como es costumbre, acerca de diversos aspectos de actualidad en la materia. Destacan: el trabajo del Presidente del Tribunal Superior de Cantabria y miembro de la Comisión Asesora de la REDMEX, César Tolosa Tribiño, sobre el procedimiento sancionador en el nuevo reglamento, y los artículos sobre la problemática de las uniones no matrimoniales en el ámbito de la reagrupación familiar y la reflexión sobre Diversidad Cultural y Derechos Humanos realizadas por las Profesoras Diana Marín y Beatriz Barreiro, respectivamente. Los Estudios desde las dos orillas nos ayudan a comprender la realidad internacional migratoria con diversos análisis sin duda de gran contenido y actualidad.

Las habituales secciones «Crónica de jurisprudencia» y «Legislación» ofrecen las novedades de mayor interés del período.

Como siempre, confiamos que este nuevo número de la REDMEX resultará de utilidad para el quehacer cotidiano de todos quienes desde diferentes escenarios, asistenciales, jurídicos, políticos y sociales, estamos implicados en este ámbito de intervención. Buen retorno veraniego y buena suerte.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ARTÍCULOS

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

Presidente del TSJ de Cantabria

RESUMEN

El procedimiento sancionador en el Reglamento de la Ley de Extranjería

El principio de legalidad en materia sancionadora se manifiesta también en la exigencia, como garantía para el administrado, del cumplimiento de unas normas de procedimiento de interpretación estricta.

En materia de extranjería, el RLOEX, contiene una regulación pormenorizada de los procedimientos para la imposición de sanciones, que contiene importantes matizaciones respecto de la normativa general.

La alegación de defectos de procedimiento causantes de indefensión, constituye una de las causas más frecuentes de alegación en los supuestos de impugnación jurisdiccional de las sanciones en materia de extranjería, por lo que el conocimiento de su regulación constituye un complemento imprescindible respecto de las cuestiones sustantivas y materiales.

Palabras clave: Procedimiento ordinario, Procedimiento simplificado, Procedimiento preferente.

ABSTRACT

Disciplinary proceeding in the regulation of the Immigration Law

The principle of legality in disciplinary matter is also shown in the demand, as a guarantee for the administered person, of the fulfilment of certain procedure rules with a strict interpretation.

In terms of immigration, the RLOEX, contains an itemized regulation of the procedures for the imposition of disciplinary measures that includes important riders regarding the general regulations.

The plea for proceeding defects causing defencelessness, is one of the most frequent plea lawsuit in those suppositions of jurisdictional challenge of the disciplinary measures in terms of immigration, in consequence, the knowledge of its regulation, constitutes an indispensable complement with regard to fundamental and material issues.

Key words: Disciplinary proceedings. Ordinary proceedings, Simplified proceedings, Preferential proceedings.

SUMARIO

- I. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.
- II. NORMAS COMUNES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.
 1. Actuaciones previas.
 2. La incoación de los procedimientos sancionadores.
 3. Resolución y manifestación de la voluntad de recurrir.
 4. Ejecución de las resoluciones sancionadoras.
 5. Caducidad y prescripción.
 - A) Prescripción.
 - B) Caducidad.

III. PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

1. Incoación del procedimiento.
2. El trámite de alegaciones.
3. La fase de prueba.
4. Propuesta de resolución.
5. Trámite de audiencia.
6. La resolución.

IV. EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE.

1. Iniciación y tramitación del procedimiento.
2. La resolución del procedimiento: ejecutividad.

V. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO.

I. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

La atribución a las Administraciones Públicas de una potestad sancionadora, entendida como poder jurídico de represión de ciertas conductas de los administrados y de consiguiente imposición de medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las normas que proscriben aquéllas, con fines de autoprotección del orden administrativo y también de tutela del orden social general, es un fenómeno característico de nuestro ordenamiento jurídico, en el que ha alcanzado unas dimensiones cuantitativas y cualitativas muy importantes.

En la actualidad, las sanciones administrativas constituyen una técnica de intervención social habitual y sólidamente asentada, que cuenta, incluso, con el refrendo constitucional y que se proyecta a los más diversos sectores de la actividad, entre otros el ámbito de la normativa en materia de extranjería.

En términos de gran amplitud, por sanción administrativa se entiende todos los «medios de que dispone la autoridad administrativa investida de funciones administrativas para asegurar la consecución de los fines que debe desarrollar en el ejercicio de su actividad».

Dispone el artículo 25.1 de la Constitución: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

El artículo 127.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece: «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título».

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

El citado precepto consagra el principio de legalidad en materia sancionadora, principio en el que se incluyen otras garantías, como el procedimiento y la observancia de las normas sustantivas y procedimentales contenidas en el Título IX y la del ejercicio de la potestad sancionadora por «los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario» (artículo 127.2, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero).

Hay que tener en cuenta que el panorama legislativo en materia de la regulación de la potestad sancionadora de la Administración, sufre, en nuestro ordenamiento jurídico, una importante modificación con la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por la que se aprueba el texto de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Siguiendo las tesis del Profesor COSCULLUELA MONTANER, el término «Común», supone su aplicación general a todas las Administraciones Públicas, exigencia derivada del contenido del artículo 149.1.18 de la Constitución, en cuanto establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre «Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común, ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas», tal como ha sido interpretado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1986, de 31 de enero y 87/1985, de 16 de julio, esta última en referencia al alcance posible de las normas autonómicas en la regulación del procedimiento sancionador.

Ahora bien, lo que no trata la Ley es de unificar la totalidad de la normativa procedimental, admitiendo especialidades que parten tanto del reconocimiento de la potestad organizativa de las distintas Administraciones, como de la necesaria conexión entre las normas adjetivas y las normas sustantivas, conexión que justifica especialidades en distintos sectores de la acción administrativa.

La nueva regulación y, especialmente, el modelo que incorpora, suscitó numerosas críticas. Como afirma CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, «El Legislador se propone simplemente abandonar el camino iniciado en 1958, cuyo acierto ha sido generalmente reconocido, y sustituirlo por otro abierto a la indeterminación de cada regulación normativa, tanto “sectorial” como “territorial”, en el que hay ausencia de reglas, pautas o criterios comunes de actuación: existen exclusivamente determinados “principios” a los que atenerse, pero como a continuación veremos, en ellos los silencios son casi más relevantes que las notas de la partitura. Para completar el “modelo”, el artículo 134 de la LRJPAC deslegaliza la normación del procedimiento, permitiendo que sea el titular de la potestad reglamentaria, y no el Legislador mismo, quien regule aquél».

Según el referido Magistrado, «Igualmente perturbador es el designio, ya traducido en hechos, de volatilizar un delicado fenómeno de armonización que había tenido éxito y cristalizado en el tan repetido Capítulo II del Título VI de la LPA, para sustituirlo por múltiples regulaciones sectoriales. La heterogeneidad de procedimientos genera, por lo común, inseguridad jurídica y se suele convertir, además, en un campo abonado para propiciar normativas más volcadas en la defensa de intereses burocráticos que en la preocupación por diseñar sistemas neutrales de actuación, no viciados de origen...» Añadiendo que

«la deslegalización del procedimiento, permitiendo su regulación autónoma por normas reglamentarias, es quizá el efecto más criticable de esta sucesiva abdicación».

En definitiva la Ley 30/1992 se limita a recoger en su articulado tanto los principios de la potestad sancionadora de la Administración, como los principios del procedimiento sancionador, dejando la regulación concreta de los aspectos procedimentales para el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPEPS), sin perjuicio de que Leyes específicas puedan establecer sus propios procedimientos.

Dentro de esta regulación de carácter sectorial, el artículo 50 de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, establece que «El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la presente Ley Orgánica, se ajustará a la dispuesto en ella y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

En este mismo sentido, pero con una regulación más detallada, el artículo 213 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería dispone que «1. El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se ajustará a lo dispuesto en ella y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. No se impondrá sanción alguna por infracciones a los preceptos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sino en virtud de procedimiento instruido al efecto.

3. Cuando se trate de los supuestos calificados como infracción leve del artículo 52.c), d) y e), grave del artículo 53.1.b) y 53.2.a) y muy grave del artículo 54.1.d) y f) de la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el procedimiento aplicable será el previsto en el capítulo IV de este título.

4. En todo aquello no previsto en este Reglamento será de aplicación supletoria el procedimiento regulado en el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto».

II. NORMAS COMUNES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Tras declarar el artículo 214 del RLOEX que «El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se tramitará por los procedimientos ordinario, preferente y simplificado, según proceda conforme a lo dispuesto en dicha Ley Orgánica y en este Reglamento», se procede a la regulación de una serie de trámites o instituciones comunes que resultan de aplicación cualquiera que sea el procedimiento por el que se opte.

1. Actuaciones previas

El artículo 218 del RLOEX establece que «1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros».

La finalidad perseguida por las actuaciones previas, resulta ser coincidente con el de las «informaciones previas» a la apertura de los procedimientos administrativos comunes, a que se refiere el artículo 69.2 de la LRJPAC, cuando señala que «Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento».

Como afirma CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA «La generalización de este mecanismo preliminar en el seno de los procedimientos sancionadores puede tener un resultado ambivalente: favorable en cuanto que la cultura jurídico-social española sigue sin admitir la “neutralidad” de las meras incoaciones de este tipo de expediente, trámites que en sí mismos parecen considerarse infamantes; y desfavorable, de otro lado, pues durante esta fase “pre-procedimental” no se contemplan los derechos de defensa ni la intervención de los interesados en las “actuaciones” como tales...», añadiendo que «Sí es importante, a mi juicio, destacar que las “actuaciones previas” no se pueden ya configurar como un ámbito meramente “interno” de la Administración sobre el que ninguna actuación quepa al interesado. Cuando el artículo 13.2 del RPEPS contempla la comunicación al instructor —y al denunciante, en su caso, e interesados— del acuerdo de iniciación, obliga a darle traslado de “cuantas actuaciones existan al respecto”, expresión que sin duda engloba las informaciones preliminares, y dicho material necesariamente ha de incorporarse al expediente incoado, corriendo la misma suerte y posibilidades de impugnación que el resto de actuaciones ulteriores».

2. La incoación de los procedimientos sancionadores

Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

Se entiende por:

- a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.
- b) Orden superior: La orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico de la unidad administrativa que constituye el órgano competente para la iniciación, y que expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infrac-

ción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.

- c) **Petición razonada:** La propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el procedimiento y que ha tenido conocimiento de las conductas o hechos que pudieran constituir infracción, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

Las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.

- d) **Denuncia:** El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.

Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.

La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento.

Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación.

3. Resolución y manifestación de la voluntad de recurrir

Como afirma HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, puede distinguirse una doble acepción del concepto resolución. Desde un punto de vista material, debe entenderse por resolución la forma normal de terminación del procedimiento, esto es, la decisión motivada de la Administración sobre el fondo de la cuestión planteada.

Esta concepción que se refleja en el artículo 219 del RLOEX, cuando dispone que «1. Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y los Subdelegados del Gobierno dictarán resolución motivada que confirme, modifique o deje sin efecto la propuesta de sanción, y decidirán todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento.

2. La resolución no podrá tener en cuenta hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, sin perjuicio de su diferente valoración jurídica».

Las resoluciones contendrán, en todo caso, la decisión que se adopta y, además, contendrá la suficiente motivación. En efecto, uno de los requisitos fundamentales de los actos administrativos es la motivación. La motivación es la exteriorización de las razones que ha llevado a la Administración a dictar un determinado acto o a dictar en determinado sentido una resolución administrativa.

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

El fundamento de la motivación se encuentra en el sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa de forma tal que ese sometimiento exige la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la Ley y del derecho a la igual protección jurídica.

Independientemente de estas funciones, la motivación cumple una segunda finalidad que es 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 con lo que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa.

La motivación, según el artículo 54.1 de la LRJPAC, debe realizarse con «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho». A fin de concretar cuándo puede entenderse concurrente una motivación suficiente, hemos de considerar que el elemento fundamental reside en la indefensión que tal ausencia pueda generar en el destinatario del acto administrativo (STSJ de Murcia de 27 de septiembre de 2000). Se afirma, así, que la motivación resulta ser suficiente cuando permite conocer al interesado las razones de la administración para dictar su resolución en un determinado sentido, posibilitando con ello su posterior impugnación en vía jurisdiccional. Desde esta perspectiva se ha afirmado que la motivación, aun sucinta, debe resultar suficiente para dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha conducido a la decisión, por lo que no cumple tal exigencia ni la mera cita de preceptos legales, ni la utilización de conceptos generales y no concretos. Por el contrario, se ha admitido la denominada motivación *in aliunde*, esto es, el supuesto en el que el acto impugnado se remite a informes o antecedentes obrantes en el propio procedimiento administrativo y del que tenga conocimiento el interesado, donde se contengan explicitadas las razones de la decisión (STS de 6 de febrero de 1997, SSTSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 1999 y de Navarra de 1 de marzo de 1999).

Para la determinación de la sanción que se imponga, además de 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), se valorarán también, a tenor del artículo 57 del RLOEX, las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor.

Según el artículo 223 del RLOEX, «A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero manifestará su voluntad expresa de recurrir, cuya constancia se acreditará por medio del apoderamiento regulado en el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En el caso de que el extranjero se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente».

En este precepto, se contemplan las formas expresas de recoger la manifestación de la voluntad de recurrir a los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, del extranjero que se hallase privado de libertad.

4. Ejecución de las resoluciones sancionadoras

La ejecución de las resoluciones sancionadoras se efectuará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242 y siguientes del RLOEX, siendo recurribles y ejecutivas de acuerdo con la normativa general.

En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado.

El artículo 72 de la LRJPAC regula las denominadas medidas provisionales, señalando que «Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello».

En Sentencias de 26 de mayo de 1989 y de 4 de febrero de 1991, el Tribunal Supremo ha declarado que «la actividad cautelar de la Administración en los expedientes sancionadores pretende únicamente evitar que el ilícito se produzca o que, producido, prolongue sus efectos o que el mismo se pueda reiterar, porque precisamente por esa finalidad de la cautela, bastará con que el que la aplique se encuentre habilitado para ello, en función de la idoneidad o adecuación de la medida para evitar la pervivencia o repetición del resultado lesivo de la irregular conducta, en relación con la racionalidad y oportunidad de su adopción, que por su propia naturaleza no requiere la plena probanza y acreditación de los hechos ilícitos, lo que es propio de la resolución de fondo propiamente sancionadora, sino la fundada probabilidad de los mismos, basada en datos concretos y expresados, sin que ello presuponga la infracción del principio de presunción de inocencia, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de noviembre de 1984».

En este sentido, en la Sentencia de 17 de mayo de 1990, dice el Alto Tribunal que la adopción de medidas cautelares en un procedimiento sancionador no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezcan por resolución fundada en derecho y se basen en un principio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida cautelar desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar y tendría carácter punitivo en cuanto al exceso.

La adopción de las medidas provisionales en cuanto tienden al aseguramiento de la eficacia de la resolución, deberán adoptarse en función de dos parámetros jurídicos de valoración, de una parte y con carácter esencial, el principio del *periculum in mora*, esto es, la posibilidad de que la irremediable duración del procedimiento provoque situaciones dañosas para la administración o los intereses generales, hasta el extremo de frustrar la efectividad del contenido de la resolución final y, de otra, el *fumus boni iuris* o la valoración por parte de la autoridad competente de los indicios, elementos o circunstancias que rodean la fundamentación de la solicitud de la medida cautelar, dotándola de una apariencia probable de legitimidad. Sin embargo, junto a estos dos parámetros, debe tenerse en cuenta igualmente la proporcionalidad en su adopción, esto es, el juicio de razonabilidad sobre la conveniencia de la adopción de la medida. En todo caso el número tres del artículo 72 de la LRJPAC establece que «No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

causar perjuicio de difícil o imposible reparación o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes».

Según el artículo 61 de la LOEX, «Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.
- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.
- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.
- f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente».

No obstante y de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no podrá adoptarse la medida cautelar de internamiento preventivo durante el plazo de cumplimiento voluntario que se hubiera fijado en la resolución de expulsión. En efecto, debe recordarse lo establecido en el artículo 63 bis de la LOEX al señalar que «2. La resolución en que se adopte la expulsión tramitada mediante el procedimiento ordinario incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional. La duración de dicho plazo oscilará entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución.

El plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión podrá prorrogarse durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, como pueden ser, la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales.

3. Tanto en la fase de tramitación del procedimiento como durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna o algunas de las medidas cautelares establecidas en el artículo 61, excepto la de internamiento prevista en la letra e)».

5. Caducidad y prescripción

El artículo 225 del RLOEX regula la institución de la caducidad de los procedimientos y de la prescripción de las infracciones y de las sanciones.

A) Prescripción

Según el referido precepto: «2. La acción para sancionar las infracciones previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, prescribe a los tres años si la infracción fuera muy

grave; a los dos años si fuera grave, y a los seis meses si fuera leve, contados a partir del día en que los hechos se hubiesen cometido.

La prescripción se interrumpe por cualquier actuación de la Administración de la que tenga conocimiento el denunciado.

El plazo de prescripción se reanuda si el procedimiento estuviere paralizado durante más de un mes por causa no imputable al expedientado.

3. El plazo de prescripción de la sanción será de cinco años si la sanción impuesta lo fuera por infracción muy grave; de dos años si lo fuera por infracción grave, y de un año si lo fuera por infracción de carácter leve.

Si la sanción impuesta fuera la expulsión del territorio nacional, la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución, que será establecido de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 242 del presente Reglamento.

El plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se imponga la sanción.

4. La prescripción, tanto de la infracción como de la sanción, se aplicará de oficio por los órganos competentes en las diversas fases de tramitación del expediente».

Apartándose de una criticable doctrina jurisprudencial que sostenía que el plazo de prescripción de las infracciones se iniciaba el día en que la Administración tuvo conocimiento de su comisión, el Reglamento a semejanza de la LRJPAC determina que el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día «en que los hechos se hubiesen cometido».

Por su parte, el término prescriptorio de las sanciones comienza a contarse «desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción», bien por ausencia de recurso o por transcurso del plazo para recurrir, debiendo tener en cuenta que si la sanción impuesta fuera la expulsión del territorio nacional, la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución.

El plazo de prescripción de las infracciones se interrumpe por «por cualquier actuación de la Administración de la que tenga conocimiento el denunciado», reanudándose dicho plazo «si el procedimiento estuviere paralizado durante más de un mes por causa no imputable al expedientado».

Esta previsión normativa obliga a rectificar el criterio penalista sustentado en numerosas resoluciones, en las que se entendía que la prescripción de la infracción se interrumpe con la iniciación del expediente sancionador, desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, tenga o no éste conocimiento de su iniciación. Ahora se exige, como hemos visto, que el interesado la conozca, de manera que carecen de virtualidad interruptiva de la prescripción las informaciones previas o reservadas de las que no se le dé conocimiento.

Es asimismo doctrina jurisprudencial reiterada (Sentencias de 5 de marzo de 1990, 23 de marzo de 1992, 11 de noviembre de 1996 y 5 de octubre de 1998, entre otras) que «el cómputo del plazo de posible prescripción que ha de mediar entre la iniciación del expediente y la resolución que le ponga fin, no puede considerarse válidamente interrumpido

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

en la fecha en que figure adoptada dicha resolución, sino en aquella en que la misma haya sido notificada al interesado, tal como imponen indeclinables garantías exigibles a favor del administrado, que no permiten el que, sobre la base de una presunción de legalidad en el actuar de la Administración, se conceda efecto interruptivo a una resolución de la misma sin proyección *ad extra* y consiguiente puesta en conocimiento del interesado, a excepción del especialísimo supuesto —que no es el de autos— de que fuese apreciable una actitud injustificada claramente obstativa por parte del administrado en el recibo de la notificación».

Por último conviene señalar que la posibilidad de apreciar la prescripción por la dilación en la resolución de los recursos contra el acto sancionador es rechazable con arreglo a una muy reiterada jurisprudencia. La STS de 9 de mayo de 2000 señala cómo el mismo Tribunal, «en Sentencias de 27 de mayo de 1992 y de 3 de noviembre de 1997, ha declarado, respecto al recurso de alzada y la ulterior reposición potestativa, que la tardanza en resolverlo en nada afecta a la prescripción», y la citada STS de 27 de mayo de 1992 declara: «La demora en la resolución expresa de los recursos dará lugar a la ficción del silencio negativo o desestimatorio que permita la impugnación jurisdiccional del acto presunto, pero no utilizada esta posibilidad, como aquí ocurrió, la resolución expresa tardía podrá tener otras consecuencias en el ámbito de la responsabilidad, pero no dará lugar a una prescripción de la infracción, cuando ésta no se ha producido en su ámbito propio, es decir, en el expediente sancionador que finaliza y culmina con la resolución que impone la sanción. No cabe, por tanto, configurar la vía de recurso como una prolongación del expediente administrativo, sino como un plano supraordenado al expediente conducente a la revisión de los actos que pusieron fin al mismo».

B) Caducidad

Al margen de la prescripción, debemos hacer mención a la institución de la caducidad como forma de terminación del procedimiento sancionador.

Establece a este respecto el RLOEX que «El plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento será de seis meses desde que se acordó su iniciación, sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento simplificado en el artículo 235.

Transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución, se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable a los interesados, o en aquellos supuestos en que se hubiese acordado su suspensión».

A este respecto conviene recordar que los artículos 42 y 43 de la LRJPAC se encargan de regular los efectos del silencio administrativo, esto es, del incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver, diferenciando, entre los supuestos de iniciación a solicitud del interesado, supuesto en el que con carácter general «el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por si-

lencio administrativo, según proceda...», de los supuestos de falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio, en los que a su vez puede distinguirse entre aquéllos de los que pudieran derivarse reconocimiento de derechos para los ciudadanos, supuesto en el que la consecuencia es el silencio negativo, de aquellos otros supuestos en los que la Administración ejerce potestades sancionadoras o susceptibles de producir efectos desfavorables para los interesados, en el que la consecuencia es la declaración de caducidad.

La caducidad, en cuanto motivo que determina la terminación y archivo de un procedimiento administrativo por la inactividad administrativa, se produce, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, «cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos y se procederá al archivo de las actuaciones a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió de ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento».

Tal disposición ha de completarse con las disposiciones específicas de cada procedimiento relativas al plazo en que ha de dictarse resolución expresa, plazo que como hemos señalado es de seis meses salvo lo previsto para el procedimiento simplificado que es de dos meses.

LA STS de 31 de enero de 2006 afirma en este sentido que «Parece igualmente obligado recordar, para comprender la razón que asiste a la Sala de instancia cuando decidió como lo hizo, que en un procedimiento administrativo como el que nos ocupa, que se inicia de oficio y en el que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano, el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa, y aun el silencio frente a las alegaciones realizadas en dicho procedimiento, no producen como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta; lo que produce es, en su caso, la caducidad del procedimiento, siendo suficiente el examen del artículo 44 de la Ley 30/1992, y en concreto su número 2, para comprender que ello es así, pues los efectos que allí se contemplan respecto del vencimiento del plazo son bien distintos de los que prevé el artículo 43 del mismo cuerpo legal, en concreto en su apartado 3; pues mientras que en los procedimientos iniciados a instancia del interesado, (los contemplados en el artículo 43 de la Ley 30/1992), el vencimiento del plazo de resolución permite a los interesados, la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo, por el contrario en los procedimientos de naturaleza sancionadora y en general en todos aquellos de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables e iniciados de oficio, el vencimiento del plazo de resolución el único efecto que produce no es el silencio, en el sentido del artículo 43.3, sino la caducidad del expediente que opera previa denuncia; sin que pueda discutirse la naturaleza sancionadora del procedimiento que nos ocupa y por consiguiente su integración en la disciplina del artículo 44 de la LRJPAC y su exclusión del régimen contemplado en su artículo 43».

Otro problema que suele plantearse es el de la correcta identificación de la actividad administrativa impugnada en aquellos supuestos en los que la parte solicita la caducidad del procedimiento en vía administrativa. En tales supuestos la denegación por silencio de

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

la solicitud de declaración de caducidad en sede administrativa sí resulta ser un acto susceptible de impugnación en vía jurisdiccional, pero siempre que tal solicitud, cuando ésta integra el único objeto del proceso, se hubiera instado previamente en vía administrativa y no de forma novedosa en sede jurisdiccional. Como afirma la STS de 12 de enero de 2006 la petición de caducidad del procedimiento «será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad».

Debe señalarse que no pueden confundirse las instituciones de la caducidad y la prescripción, de forma tal que, caducado un procedimiento, nada impide a la Administración iniciar uno nuevo, siempre que la potestad ejercitada no haya prescrito.

Como afirma en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2001: «En cuanto al primer motivo, considera la Sala que el hecho de que la administración en su resolución de 17 de marzo de 1999, del Secretario de Seguridad del Estado, acordara el archivo de las actuaciones al haber caducado el procedimiento, en modo alguno veda la posibilidad de incoar un nuevo expediente, y así el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 establece que la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de la acción del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción, que resulta aplicable por remisión del 44.2 del mismo texto legal, en su actual redacción.

Esto es así por la diferente naturaleza de la prescripción y caducidad, ya que, acorde con la jurisprudencia reiterada de nuestro Tribunal Supremo, si bien ambas responden a la común razón de la presunción de abandono del derecho y de las acciones que son su consecuencia, la prescripción como limitación al ejercicio tardío del derecho en beneficio de la seguridad jurídica ha de acogerse en aquellos supuestos en que la administración, por inactividad o laxitud, deja transcurrir el plazo máximo legal para ejercitar su derecho a exigir o corregir las conductas lícitas administrativas, de modo que mata la acción y extingue toda posibilidad de actuación ulterior. Frente a esta institución, la de la caducidad es meramente un instrumento formal, que actúa dentro del procedimiento que se está siguiendo pero sin proyección al exterior, de modo que no imposibilita la incoación de un nuevo expediente, como se ha hecho en autos, expediente en que, en su caso, sí podrá oponerse la prescripción caso de haberse producido el plazo para su concurrencia».

Por último establece el RLOEX que «Tanto la prescripción como la caducidad exigirán resolución en la que se mencione tal circunstancia como causa de terminación del procedimiento, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables...».

III. PROCEDIMIENTO ORDINARIO

1. Incoación del procedimiento

La iniciación del procedimiento sancionador se formalizará con el contenido mínimo siguiente:

- a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.

- b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.
- c) Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de éstos.
- d) Órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 8.
- e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante aquél de conformidad con el artículo 15.
- f) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

Establece el artículo 227.2 que «En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo siguiente, no realizarse propuesta de prueba o no ser admitidas, por improcedentes o innecesarias, las pruebas propuestas, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los artículos 229 y 230».

Como afirma CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, en relación a una previsión de carácter general para el procedimiento administrativo sancionador: «A mi entender, un acuerdo inicial con este contenido desborda la naturaleza de la mera incoación, y se transforma en un verdadero acto cuasi-incriminatorio. Volviendo al paralelismo con el enjuiciamiento criminal clásico, estamos más ante un verdadero auto de procesamiento que ante la incoación de un sumario. Tan es así que el propio RPEPS facilita la conversión automática del acuerdo de incoación en verdadera acta de acusación (o pliego de cargos, según el esquema tradicional) cuando dispone que “... en la notificación —del acuerdo de iniciación— se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo 16.1, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada”.

No se entiende demasiado (a no ser que la verdadera instrucción se haya deferido de hecho a las “actuaciones previas”) cómo un mero acuerdo de iniciación del procedimiento puede equivaler prácticamente al de su conclusión, sin haber mediado actividad intermedia alguna. En realidad, si el primer acto formal del procedimiento sancionador puede contener ya “un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada”, equivalente a la propuesta de resolución, lo que sobra es el procedimiento ulterior mismo y la existencia obligada del órgano instructor. Parece lógico que para llegar a ese “pronunciamiento” la Administración ha debido previamente efectuar determinadas actuaciones, que son cabalmente el contenido de un “procedimiento”. ¿Bajo qué cobertura se han seguido tales actuaciones?».

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Desde el punto de vista procedimental, el acuerdo de iniciación se comunicará al instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiendo en todo caso por tal al expedientado.

2. El trámite de alegaciones

El trámite de alegaciones, se contempla en el artículo 228 del RLOEX como respuesta de los «interesados» al acuerdo de iniciación del procedimiento, cuyo contenido —según ya hemos analizado— va mucho más allá de la clásica incoación.

Como antes se ha indicado, la falta de alegaciones frente al acuerdo de iniciación puede tener una relevancia especial, al convertirlo en propuesta resolutoria.

Los interesados dispondrán de un plazo de quince días para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretendan valerse. En la notificación de la iniciación del procedimiento se indicará a los interesados dicho plazo.

Cursada la notificación, el instructor del procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.

Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución.

3. La fase de prueba

Según el artículo 229 del RLOEX, «Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el órgano instructor podrá acordar la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez días».

La STC 212/1990, de 20 de diciembre, se expresa en los siguientes términos: «En lo que a medios de prueba se refiere, este Tribunal ha reconocido que, pese a no ser enteramente aplicable el artículo 24.2 a los procedimientos administrativos sancionadores, el derecho del expedientado a utilizar pruebas para su defensa tiene relevancia constitucional (SSTC 2/1987, 190/1987 y 192/1987), si bien ha declarado también que ni siquiera en el proceso penal, donde sería plenamente aplicable el precepto citado, existe un derecho absoluto e incondicionado al uso de todos los medios de prueba (SSTC 2/1987 y 22/1990). Lo que del artículo 24.2 de la Constitución nace para el administrado, sujeto a un expediente sancionador, no es el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias (STC 192/1987), ya que —como también ha declarado este Tribunal— sólo tiene relevancia constitucional para provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y forma oportunos, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión (STC 149/1987). Todo lo cual significa que no se produce una indefensión

de relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya constitucionalidad no se pone en duda, ni tampoco cuando las irregularidades procesales que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no ha llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa».

En relación a los medios de prueba admisibles, el artículo 80.1 de la LRJPAC establece que «Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho». La Ley, por tanto, opta por el sistema de *numerus apertus* en la materia referente a los distintos medios de prueba admisibles, por lo que habremos de remitirnos a aquellos regulados tanto en el Código Civil, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según el artículo 80.2 de la LRJPAC, aplicable con carácter general al conjunto de los procedimientos administrativos, el recibimiento a prueba habrá de acordarse: A) Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados y B) Cuando la naturaleza del procedimiento lo exija. Por su parte, el núm. 3 del artículo 80 recoge la norma básica en materia de admisión por el instructor del procedimiento de los distintos medios de prueba instados por el interesado, señalando que «El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada».

Por otro lado, el artículo 137.4 de la LRJPAC, ya en la regulación específica del procedimiento sancionador, señala que «Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades».

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable».

Por su parte y en idéntico sentido, el artículo 229 del RLOEX establece que «En el acuerdo, que se notificará a los interesados, se podrá rechazar de forma motivada la práctica de aquellas pruebas que, en su caso, hubiesen propuesto aquéllos cuando por su relación con los hechos se consideren improcedentes».

En cuanto a la forma de realización de la prueba, el artículo 229.3 del RLOEX establece que «La práctica de las pruebas que el órgano instructor estime pertinentes, entendiéndose por tales aquellas distintas de los documentos que los interesados puedan aportar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

En materia probatoria quiebra el principio general de gratuidad del procedimiento administrativo, por cuanto cuando deban practicarse pruebas, a petición del interesado, cuya realización implique gastos que no deba satisfacer la Administración, podrá exigir el anticipo de éstos, a reserva de la liquidación definitiva, cuando se haya concluido la prueba.

En materia de valoración de la prueba, no se introduce ninguna previsión específica, por lo que deberemos acudir al principio general de la prueba libre o libre valoración de la prueba, frente a la prueba tasada, aquella cuyo valor es concedido por una norma jurídica.

4. Propuesta de resolución

Afirma el artículo del 231 del 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».

Como afirma MARTÍNEZ NIETO «La propuesta de resolución es un documento elaborado por el instructor a la vista de la denuncia y de las alegaciones que el inculcado haya formulado contra la misma. La propuesta de resolución es el acto por medio del cual se perfecciona y culmina la fase de instrucción del expediente. En este documento se concretan los términos de la acusación (hechos probados) y las consecuencias jurídicas (cuantía de la sanción y/o tiempo de suspensión de autorizaciones) que a juicio del instructor corresponde imponer al inculcado por la infracción de tráfico que haya cometido».

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».

5. Trámite de audiencia

Según el artículo 223 del RLOEX, «1. La propuesta de resolución se notificará a los interesados. A la notificación se acompañará una relación de los documentos que obren en el procedimiento para que los interesados puedan obtener las copias de los que estimen convenientes y se les concederá un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento.

2. Salvo en el supuesto previsto por el párrafo final del artículo 227.2, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en

cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado, de conformidad con lo previsto en el artículo 228.1.

3. La propuesta de resolución se cursará inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto a todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en aquél».

Consecuentemente, el trámite de *audiencia* se produce una vez notificada la propuesta de resolución, «indicando a los interesados la puesta de manifiesto del procedimiento», si bien tal puesta de manifiesto no es la única oportunidad que tiene el interesado de acceder al procedimiento, puesto que el artículo 35.a) de la LRJPAC señala como derecho de los ciudadanos el de «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos». Y el artículo 3.1 del RPEPS establece que «El procedimiento se desarrollará de acuerdo con el principio de acceso permanente. A estos efectos, en cualquier momento del procedimiento, los interesados tienen derecho a conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en el mismo».

Respecto del trámite de audiencia, debemos señalar, con carácter general, que el artículo 105.c) de la Constitución establece que la ley reguladora del procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos garantizará, cuando proceda, la audiencia del interesado.

El trámite de audiencia se constituye con carácter general en un requisito de imprescindible presencia en el procedimiento administrativo (SSTS de 12 de diciembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001), sin embargo, pese a la trascendencia de tal trámite, las consecuencias jurídicas de su omisión ha sido objeto de un tratamiento por la Jurisprudencia a partir del parámetro de la indefensión, de forma tal que, con carácter general, la omisión del trámite de audiencia sólo provoca la nulidad del acto, cuando tal omisión haya provocado indefensión al interesado. Esta doctrina tiene su reflejo en diversas decisiones judiciales que han negado el efecto anulatorio de la omisión del trámite de audiencia, basándose en consideraciones tales como la existencia de alegaciones del interesado (STS de 16 de julio de 2001), la posterior posibilidad de formular alegaciones en vía de recurso administrativo y jurisdiccional (STS de 17 de abril de 2001), la inexistencia de alegaciones posteriores (STS de 10 de marzo de 2000), etc., si bien ha de reconocerse que las resoluciones judiciales son especialmente rigurosas en relación, esencialmente, con el trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores (SAN de 3 de diciembre de 2001 y STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 2000).

El trámite de audiencia deberá evacuarse en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, pudiendo alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, si bien, si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su intención de no formular alegaciones, se tendrá por realizado el trámite.

6. La resolución

Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento.

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndoseles un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a quince días, quedando, mientras tanto, suspendido el procedimiento hasta su conclusión.

En todo caso, no tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento.

El órgano competente dictará resolución en el plazo de diez días, que será motivada y decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento.

Las resoluciones de los procedimientos sancionadores, además de contener los elementos previstos en el artículo 89.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, incluirán la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.

En cuanto a los requisitos de forma, la resolución se formalizará por cualquier medio que acredite la voluntad del órgano competente para adoptarla.

Las resoluciones se notificarán a los interesados. Si el procedimiento se hubiese iniciado como consecuencia de orden superior o petición razonada, la resolución se comunicará al órgano administrativo autor de aquélla.

IV. EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE

Según el artículo 234 del RLOEX, «La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero».

Los supuestos por tanto serían los siguientes:

- a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992 de Seguridad Ciudadana.
- b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

- c) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.
- d) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992 de Seguridad Ciudadana.
- e) Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Asimismo, se tramitarán por el procedimiento preferente aquellas infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Riesgo de incomparecencia.
- b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.
- c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Sobre el procedimiento preferente, cabe diferenciar entre los que constituyen reproches ya tradicionales a la existencia de este tipo de procedimientos urgentes y sumarios en cuanto pueden ser contrarios a la tutela judicial efectiva y las críticas que se efectúan a la nueva redacción.

Una crítica a mi juicio fundada es la que hace referencia a la permanente utilización de conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, para determinar la aplicación de este trámite preferente se establecen criterios tales como: a) Riesgo de incomparecencia. b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos. c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Se trata, por tanto, de conceptos abstractos y difusos y que tradicionalmente han sido interpretados de forma muy expansiva por la Administración, llegando a afirmarse que son causas tan amplias que puede tener como consecuencia que en la práctica el procedimiento preferente sea la norma y el ordinario la excepción.

El origen de estos tres conceptos, se sitúa en diferentes preceptos de la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008),

El artículo 7.4 de esta Directiva establece, en el marco de un artículo dedicado a establecer la obligatoriedad como norma general de establecer un período de salida obligatoria no forzosa en las resoluciones de expulsión, que «Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un período inferior a siete días».

Por su parte, el artículo 3 define el riesgo de fuga como «la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse».

Conviene recordar, por otra parte que, según la STC 33/1982, de 8 de junio, el orden público, en su vertiente de seguridad pública, comprende la actividad administrativa dirigida a hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas, siendo importante destacar que el orden público en la medida en que suponga una restricción a los derechos y al ámbito de libertad de los ciudadanos reconocido constitucionalmente es un concepto de interpretación restrictiva y excepcional; en ningún caso constituye una cláusula general habilitadora de dicha limitación.

1. Iniciación y tramitación del procedimiento

Según el artículo 235.1 del RLOEX, «Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado del acuerdo de iniciación motivado por escrito al interesado para que alegue en el plazo de cuarenta y ocho horas lo que considere adecuado y se le advertirá que de no efectuar alegaciones por sí mismo o por su representante sobre el contenido de la propuesta, no realizar propuesta de prueba o si no son admitidas de forma motivada, por improcedentes o innecesarias, las pruebas propuestas, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución».

Se ha mantenido que, el plazo de 48 horas para efectuar alegaciones, dentro de un procedimiento sancionador con un resultado posible tan grave y lesivo como es la expulsión de territorio español, se afirma que no garantiza el mandato del artículo 24 de la CE en relación con el artículo 6.3 b) y d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación a garantizar la disponibilidad del tiempo necesario para preparar la defensa.

En esta línea se citan la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de febrero de 1983, caso Albert y le Compte, y las Sentencias de 21 de enero de 1984, caso Rturk y de 28 de junio de 1984, caso Cambell y Fell, sentencias en las que el TEDH consideró que el plazo de quince días parecía razonable para preparar una defensa mínimamente adecuada.

Pese a todas estas consideraciones conviene recordar que el Tribunal Constitucional no ha advertido conflicto alguno con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE al considerar que los extranjeros sometidos a este procedimiento disponían de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley.

La STC 236/2007, señala a este respecto que «Pues bien, la regulación de este procedimiento no puede reputarse contraria al artículo 24 de la CE. Ciertamente se trata de un procedimiento administrativo sancionador, ya que en estos casos la expulsión es “conse-

cuencia de una conducta tipificada como infracción administrativa” (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3), y por consiguiente le son aplicables los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentren en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 CE” (desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2), entre ellos el que proscribiera cualquier indefensión [SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3.a)].

Ahora bien, la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues hemos dicho reiteradamente que la brevedad de los plazos no implica *per se* la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 8; 335/1994, de 19 de diciembre, FJ 3; 130/1998, de 16 de junio, FJ 5; 85/2003, de 8 de mayo, FJ 11). Tal es el caso de los supuestos previstos en el artículo 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000, como ha quedado argumentado, con la consecuencia de que el plazo establecido en el artículo 63.2 no pueda reputarse contrario al artículo 24 de la CE.

Por otra parte, tal como apunta el Abogado del Estado, los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente de expulsión disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley Orgánica al disponer que “las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes” (artículo 65, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000)».

Según el RLOEX, «En todo caso el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete si no comprende o no habla castellano, de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita».

La cuestión referente a la asistencia letrada ha resultado sumamente polémica, baste recordar que el artículo 119 de nuestra Constitución dice: «La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Esta gratuidad viene a ser una consecuencia o un reflejo práctico de ese genérico derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Carta Magna.

La Ley de Extranjería, del año 2000, establecía el derecho para los extranjeros residentes cuando acreditaran insuficiencia de recursos económicos y en iguales condiciones que los españoles. Por otra parte, para los extranjeros que viven en España en situación irregular, la concesión de asistencia jurídica gratuita se limitaba a los procedimientos administrativos o judiciales que pudieran llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita también limitaba su acceso a los extranjeros que no residieran legalmente en España a los procesos penales y a los administrativos relativos a la solicitud de asilo.

No obstante, el Tribunal Constitucional declaró, en el año 2003, inconstitucional este apartado de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, por entender que el derecho a la Justicia

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Gratuita le corresponde a todo extranjero que se encuentra en España, con independencia de que disponga o no del permiso de residencia.

Por tanto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el derecho a la Justicia Gratuita le corresponde a todo extranjero que se encuentre en España y que acredite insuficiencia de recursos para litigar. Y este derecho se extendería a todos los órdenes jurisdiccionales y a todo tipo de procedimientos. Esta doctrina se plasma actualmente en el contenido del artículo 22 de la LOEX.

Respecto al derecho al intérprete, este derecho se reconoce también en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 [artículo 6.3.e)] y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 [artículo 14.3.f)].

En esta materia y en el seno del proceso contencioso, resulta de aplicación de forma supletoria el art. 143.1 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando señala que si alguna persona que no conozca el castellano ni, en su caso, la lengua oficial de la Comunidad Autónoma, hubiese de ser interrogada o prestar declaración, o cuando fuese preciso darle a conocer personalmente alguna resolución, el Tribunal por medio de providencia podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua de que se trate, exigiéndole juramento o promesa de fiel traducción, debiendo levantarse acta en la que constarán los textos en el idioma original y su traducción al oficial, que será firmada también por el intérprete.

En la notificación del acuerdo de iniciación se advertirá al interesado que, de no efectuar alegaciones, dicho acuerdo será considerado como propuesta de resolución con remisión del expediente a la autoridad competente para resolver.

Si el interesado o su representante formularan alegaciones y realizaran proposición de prueba dentro del plazo establecido, el órgano instructor valorará la pertinencia o no de ésta.

Si no se admitiesen las pruebas propuestas por improcedentes o innecesarias, se le notificará al interesado de forma motivada y se le dará trámite de audiencia conforme a lo previsto en el párrafo siguiente. En este supuesto, el acuerdo de iniciación del expediente, sin cambiar la calificación de los hechos, será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.

De estimarse por el instructor la pertinencia de la realización de prueba propuesta, ésta se realizará en el plazo máximo de tres días.

Practicada en su caso la prueba, el instructor formulará propuesta de resolución que se notificará al interesado y le dará trámite de audiencia en el que se le concederá un plazo de cuarenta y ocho horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo se procederá a elevar la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo, a la autoridad competente para resolver.

2. La resolución del procedimiento: ejecutividad

La resolución, en atención a la naturaleza preferente y sumaria del procedimiento, se dictará de forma inmediata.

Establece el núm. 3 del artículo 236 del RLOEX que «La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente, establecida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella. En la resolución, además de la motivación que la fundamente, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos».

Como señaló la STS de 20 de marzo de 2003 «La pretensión de anulación no puede prosperar por cuanto de una parte el Tribunal Constitucional al limitar en la Sentencia 115/1987 la declaración de inconstitucionalidad a la prohibición de suspensión en vía jurisdiccional, fundamento jurídico cuarto, cuando dice que “no es posible eliminar en todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto...”, está implícitamente admitiendo la constitucionalidad de la eliminación en vía administrativa, ya que no debe olvidarse que la antigua Ley 7/1985 en su artículo 34.2 decía que “en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”, con lo que evidentemente se refería tanto a la suspensión judicial como a la administrativa».

La cuestión queda reducida a si la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 da cobertura a lo dispuesto en el precepto recurrido.

El artículo 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000 establece que «la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata». Tal expresión no cabe identificarla con la del artículo 94 de la Ley 30/1992 en que se dispone que «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario...», ya que una cosa es que los actos sean ejecutivos y otra muy distinta que su ejecución deba efectuarse de forma inmediata. Lo primero implica que la fuerza obligatoria del acto administrativo es inmediata (artículo 94 de la Ley 30/1992) y que la Administración tiene la posibilidad de hacer efectiva esa obligatoriedad, incluso venciendo la oposición del particular (artículo 95 de la Ley 30/1992), en tanto que lo segundo supone que los órganos administrativos a quienes corresponde la ejecución deben llevarla a cabo de forma inmediata por imperativo legal, y esta obligación resulta incompatible con la suspensión de la ejecución. El precepto reglamentario que nos ocupa, en consecuencia, no puede ser estimado inconstitucional a la luz de la Sentencia 115/1987 y ha de estimarse conforme al mandato contenido en el artículo 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000, razones por las que su impugnación debe ser desestimada.

No obstante lo anterior, una cuestión importante es la relativa a la posibilidad de ejecución de los actos administrativos en materia de extranjería, en los supuestos en los que la parte interesada ha solicitado la suspensión de la ejecutividad del acto, tanto en vía administrativa, como jurisdiccional.

En efecto, con carácter general son muchos los problemas que ha planteado la compatibilidad de la ejecutoriedad de los actos administrativos sancionadores con el principio de

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

tutela judicial efectiva. La STC 66/1984 señalaba que la ejecución de los actos administrativos exigía su previa firmeza, pues, en otro caso, si se ejecutase antes de tal firmeza, la tutela judicial efectiva ya no sería plena, real y efectiva. Hecha esta salvedad, la Sentencia concluía afirmando que «la ejecutividad de los actos sancionadores no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva», para terminar señalando que «El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión».

En el mismo sentido se pronuncia la STC 341/1993, de 8 de Noviembre, cuando en relación con el artículo 38 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana afirma que dicho precepto «se limita a afirmar la ejecutividad de las sanciones impuestas en aplicación de la propia Ley, una vez sean firmes en vía administrativa, y es del todo claro que esta previsión legal en nada impide, dificulta o condiciona el posible recurso jurisdiccional contra el acto de sanción ni en nada menoscaba, tampoco, la posibilidad de solicitar y de obtener de los Tribunales la suspensión cautelar del acto impugnado» concluyendo que la ejecutividad no es contraria a la Constitución «orientada como ha de estar la actuación administrativa por el principio, entre otros de eficacia y que la garantía de una tutela judicial efectiva y de una también plena sujeción de lo actuado por la Administración al control judicial se alcanzan, de modo suficiente y compatible con aquella eficacia, cuando la Ley hace posible que se someta a la consideración de los Tribunales la suspensión del acto impugnado».

Para concluir la STC 78/1996, de 20 de mayo, señala que «La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución, ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición, pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irresponsablemente la decisión del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica».

Consecuentemente con la doctrina constitucional expuesta puede concluirse en primer lugar que la ejecutoriedad de las sanciones administrativas exige, por un lado, su firmeza en vía administrativa y, por otro, que la ejecución no se lleve a efecto si se ha solicitado la suspensión de su ejecutividad, hasta que haya podido recaer un pronunciamiento del órgano judicial competente.

V. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

Para el ejercicio de la potestad sancionadora en el supuesto de que el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, se tramitará el procedimiento simplificado.

En este sentido señala el artículo 238 del RLOEX que «Este procedimiento se tramitará cuando los hechos denunciados se califiquen como infracción de carácter leve prevista

en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 52 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero».

La iniciación se producirá, por acuerdo del órgano competente en el que se especificará el carácter simplificado del procedimiento y que se comunicará al órgano instructor del procedimiento y, simultáneamente, será notificado a los interesados.

Se autoriza su inicio también mediante denuncia formulada por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, salvo que se trate de la infracción prevista en las letras c) d) y e) del artículo 52 de la LOEX, en cuyo caso, al encontrarse relacionada con el ámbito laboral, se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, resultándole aplicable lo dispuesto para el procedimiento sancionador por infracciones en el orden social, *ex* artículo 55.2 de la LOEX, es decir, el procedimiento regulado en los artículos 253 y siguientes del RLOEX.

Se ha destacado que, resulta llamativo que la mera denuncia resulte hábil para iniciar por sí el procedimiento, cuando lo habitual es que el procedimiento sancionador se inicie de oficio, aun cuando concurra una previa denuncia que ponga en conocimiento del órgano competente para su incoación los hechos constitutivos de la infracción de que se trate.

Se ha destacado que, resulta llamativo que la mera denuncia resulte hábil para iniciar por sí el procedimiento, cuando lo habitual es que el procedimiento sancionador se inicie de oficio, aun cuando concurra una previa denuncia que ponga en conocimiento del órgano competente para su incoación los hechos constitutivos de la infracción de que se trate.

En el plazo de diez días a partir de la comunicación y notificación del acuerdo de iniciación, el órgano instructor y los interesados efectuarán, respectivamente, las actuaciones preliminares, la aportación de cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, la proposición y práctica de la prueba.

Transcurrido dicho plazo, el órgano competente para la instrucción formulará propuesta de resolución.

La propuesta de resolución deberá contener los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, con determinación de la infracción, de la persona o personas responsables, y la sanción que propone, así como de las medidas provisionales que se hubieren adoptado, o bien propondrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad.

Si el órgano instructor aprecia que los hechos pueden ser constitutivos de infracción grave o muy grave, acordará que continúe tramitándose el procedimiento ordinario, notificándolo a los interesados para que, en el plazo de cinco días, formulen alegaciones si lo estiman pertinente.

El procedimiento se remitirá al órgano competente para resolver, que en el plazo de tres días dictará resolución en la forma y con los efectos de carácter general. El procedimiento deberá resolverse en el plazo máximo de dos meses desde que se inició.

Como afirma la STSJ de Cantabria de 21 de febrero de 2003, acerca del procedimiento simplificado, su caracterización y su relación con la caducidad de los procedimientos: «El procedimiento simplificado, previsto y regulado en los artículos 23 y 24 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, resulta aplicable “para el ejercicio de la potestad sancionadora

I. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

en el supuesto de que el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve”. Se trata, por tanto, de un procedimiento diseñado para la tramitación y eventual sanción de aquellas conductas que desde un primer momento aparezcan tipificadas como infracciones leves. Su tramitación es mucho más sencilla y rápida, en correspondencia con la menor gravedad de la infracción que se le imputa, y consecuentemente su plazo de caducidad queda reducido a un mes.

La aplicación de este procedimiento no puede considerarse facultativa o voluntaria por parte de la Administración actuante cuando concurre el presupuesto fijado por la norma —la existencia de elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve—. El artículo 23 del Reglamento, lejos de configurarlo como una libre decisión del órgano actuante, literalmente señala que cuando existan elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve “se tramitará el procedimiento simplificado que se regula en este capítulo”.

No se nos escapa que la aplicación o no de dicho procedimiento queda condicionada a que existan suficientes elementos de juicio para poder calificar como infracción leve la conducta que se persigue y tramita, pero cuando dicha certeza exista, lo que no existe es la posibilidad de elegir el procedimiento aplicable. La determinación del procedimiento sancionador a seguir repercute en las garantías, trámites, plazos de duración del procedimiento y caducidad de éste. Es cierto que el procedimiento ordinario introduce una tramitación más larga y compleja que la prevista para el simplificado e incluso podría entenderse que al ser más amplios los plazos de alegación y práctica de prueba sus garantías para el administrado son mayores, pero no es menos cierto que dicha elección tiene una notoria influencia en el plazo de tramitación y resolución del expediente y consiguientemente de caducidad del procedimiento administrativo.

Los plazos de caducidad no son caprichosos ni disponibles para la Administración, ha de entenderse que se establecen con mayor o menor acierto, en relación con la complejidad de la infracción de que se trate y consiguientemente de los trámites que han de seguirse racionalmente para investigar y, en su caso, sancionar una infracción administrativa determinada, configurándose en su doble vertiente: como un mandato dirigido a las autoridades administrativas para responder de forma eficaz y paralelamente como un derecho del administrado a la no continuación del procedimiento sancionador, con el consiguiente archivo de las actuaciones. En conclusión, no puede entenderse que la utilización o el desuso de un procedimiento administrativo sancionador quede a la libre disposición del órgano administrativo actuante, o que se aplique selectivamente en unos supuestos y no en otros, pese a que en todos ellos concurre el mismo presupuesto fijado por la norma, pues ello dejaría en manos del órgano administrativo la determinación de las garantías que todo procedimiento administrativo conlleva y los plazos de resolución del expediente y de caducidad del mismo».

II. LAS UNIONES NO MATRIMONIALES COMO FAMILIARES REAGRUPABLES: PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA EN CATALUÑA ⁽¹⁾

DIANA MARÍN CONSARNAU

*Profesora ayudante de Derecho Internacional Privado
Universidad Rovira i Virgili*

RESUMEN

Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña

La consideración de las parejas no casadas en el ámbito de la reagrupación familiar, tanto para los familiares de nacionales de terceros Estados, como para los ciudadanos de la Unión, ha sido objeto de una evolución por parte del legislador europeo, aunque encuentra dificultades en la transposición en la normativa interna de los Estados miembros. Su introducción en España ofrece un panorama jurídico complejo, por cuanto las limitaciones a las que se han encontrado sometidos los registros autonómicos y locales, y por la existencia de distintas regulaciones autonómicas sobre estas parejas, entre las cuales se encuentra la situación de Cataluña. El libro segundo del Código civil de Cataluña no prevé la necesaria formación de la pareja bajo los requisitos de un registro. No obstante, esta realidad normativa se compagina en la práctica con la posibilidad del registro de estas parejas en el ámbito de las corporaciones locales que así lo hayan previsto.

Palabras clave: reagrupación familiar, uniones no matrimoniales, registro de parejas.

ABSTRACT

Family reunification and unmarried partnerships: specific situation in Catalonia

The aim of this paper is to analyze the consequences of the inclusion of unmarried partners in the scope of the right of family reunification under the perspective of European law and Spanish immigration law, according to the latest regulations. There are two main difficulties to consider. On the one hand, the original barrier for local and autonomic partnership registers. On the other hand, the difficulties in certain autonomic regions, e.g. in Catalonia, where the situation is especially difficult due to the relationship that exists between the residence issues and the way in which unmarried partners are legally considered.

Key Words: family reunification, unmarried partners, registered partnerships.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PERSPECTIVA DEL LEGISLADOR EUROPEO EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LAS PAREJAS NO CASADAS.

(1) Esta investigación se ha realizado con la ayuda de la CUR del DIUE de la Generalitat de Catalunya.

1. Las parejas no casadas en la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre reagrupación familiar.
2. Las parejas no casadas en la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 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.

III. EL TRATO DE LAS PAREJAS NO CASADAS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA INTERNO.

1. Las uniones no matrimoniales en el RD 240/2007, de 16 de febrero, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010.
2. Las uniones no matrimoniales tras la reforma operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, y perspectivas del nuevo reglamento.

IV. ¿QUÉ OCURRE EN CATALUÑA CON LA RESIDENCIA DE ESTAS PAREJAS?

1. La convivencia estable de pareja en Cataluña: dificultades en la tramitación de la residencia.
2. La respuesta judicial sobre las parejas no casadas inscritas en un registro local.

V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación de las uniones no matrimoniales en el ámbito de la reagrupación familiar supone una obertura a otros vínculos familiares ajenos al núcleo familiar tradicional y que ha sido propiciada por el legislador europeo. Así, en España, tanto en el régimen general de extranjería, como en el régimen comunitario, la situación de pareja no casada se contempla finalmente como una relación familiar reagrupable⁽²⁾. No obstante, su introducción no está para nada exenta de problemas. Sin ánimo de alcanzar en el presente estudio las cuestiones que pueden surgir en la tramitación de la residencia de estas parejas cuando se han formalizado en otros Estados, nos centraremos en las dificultades que se generan cuando la pareja se forma en España y se pretende su reagrupación. Esta problemática concreta es consecuencia de los límites de la realidad normativa que encontramos en España sobre este tipo de uniones y su conexión con las cuestiones que afectan al Derecho de extranjería, y que ha precisado finalmente del pronunciamiento del Tribunal Supremo, al poner fin a una situación que imponía una carga imposible al interesado en el momento de solicitar

(2) MARÍN CONSARNAU, D., «Reagrupación familiar y parejas de hecho», en Aparicio Wilhelmi, M.; Illamola Dausà, M.; Moya Malapeira, D.; Roderia Sanz, S., *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, Girona: Documenta universitaria, 2006, pp. 206-208. En este trabajo la autora examina las posibilidades de la introducción de las parejas en el ámbito del derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados.

la residencia en el caso del miembro de la pareja extracomunitario, en este caso, de un ciudadano de la Unión.

La inexistencia de una ley estatal que se preocupe de la regulación de las uniones no matrimoniales y las formalidades de un registro único propició los tempranos temores a la viabilidad del fraude en la reagrupación de estas parejas⁽³⁾. El enfrentamiento se produjo entre un contexto normativo rico en pluralidad de leyes autonómicas que sí las regulan, en el ánimo de proteger jurídicamente a estas formas de convivencia distintas y análogas, a su vez, al matrimonio, y las dudas que se generan sobre la suficiencia de las garantías frente a las posibles conductas fraudulentas en las cuestiones que afectan al Derecho de extranjería. Esta alarma supuso la restricción a la reagrupación de estas parejas a través de una dudosa transposición de la Directiva 2004/38/CE⁽⁴⁾, mediante el RD 240/2007, de 16 de febrero⁽⁵⁾, y en las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración para su aplicación⁽⁶⁾. Si bien, cabe destacar que ante esta situación, se ha podido observar en la respuesta de nuestros tribunales, *a sensu contrario*, criterios que entienden que en el caso de que se haya efectuado el registro de la pareja, aunque éste sea de carácter autonómico o local, tiene que ser reconocido el derecho a la residencia como familiar del ciudadano de la Unión, sin reparar en las mencionadas Instrucciones, y amparándose en la Directiva 2004/38/CE.

No obstante lo dicho, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010⁽⁷⁾, la anulación de las referencias a la necesidad de un registro único en el RD 240/2007 posibilita que la reagrupación de las parejas registradas sea viable. Ahora bien, mientras que dicha viabilidad es factible en algunas Comunidades Autónomas, en Cataluña la problemática sigue manteniendo unos matices que no encuentran solución directa a través de la referida sentencia del Tribunal Supremo. Ello es debido a la regulación específica que la normativa catalana prevé sobre las parejas no casadas, que no exige para su formación un registro. Con ello, en todo caso, sólo puede salvarse la residencia a efectos de la reagrupación si se trata de una inscripción de la pareja en un registro de carácter local.

(3) La Comisión europea ha expresado que la carga de la prueba de que se pretende actuar de forma fraudulenta corresponde a las autoridades de los Estados miembros, hecho por el cual, el temor a las conductas fraudulentas no puede suponer barreras al derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y en su extensión a sus familiares. *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Orientaciones por una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de las familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, de 2 de julio de 2009. COM (2009) 313 final.

(4) Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 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) 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. DOUE. L 229/35 (26 de junio de 2004).

(5) BOE núm. 51 (28 de febrero de 2007).

(6) <<http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/>>. Todas las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración referenciadas en este trabajo pueden encontrarse en este enlace.

(7) Publicada en el BOE núm. 266 (3 de noviembre de 2010). También tenemos que tener en cuenta la corrección de errores de esta Sentencia; Auto TS de 14 de septiembre de 2010 que corrige algunos errores existentes en la STS de 1 de junio de 2010 sobre el RD 240/2007.

En atención a la regulación en el libro segundo del Código civil de Cataluña en referencia a la convivencia estable de pareja⁽⁸⁾, el objeto de nuestro análisis se centrará en la detección de la problemática en Cataluña y en cuál viene siendo la respuesta de los tribunales catalanes a la consideración de la reagrupación y oportuna residencia de estas parejas. Aunque la cuestión del conflicto sobre el registro de pareja encuentra su punto y final con la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, al eliminar la exigencia de que no exista un registro simultáneo dentro del mismo Estado para reconocer el derecho a la residencia de la pareja inscrita, necesitamos seguir determinando dos cuestiones básicas. Por un lado, qué sucede con las parejas en Cataluña que no quedan incluidas dentro de la categoría de parejas registradas. Nos preocupa especialmente ver cómo podemos encauzar el trato de las parejas que no están, en principio, en la categoría de registro expresamente prevista por el legislador europeo en el ámbito del reagrupación familiar, y que encontramos en las Directivas 2004/38/CE y 2003/86/CE⁽⁹⁾. Por otro lado, interesa observar cuál ha sido la postura de los tribunales en Cataluña sobre la situación de la residencia de estas parejas inscritas en un registro local⁽¹⁰⁾.

II. LA PERSPECTIVA DEL LEGISLADOR EUROPEO EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LAS PAREJAS NO CASADAS

La posibilidad de reagrupar a las parejas no casadas en los supuestos en los cuales el reagrupante es un extracomunitario que reside en un Estado miembro se contempla en la Directiva 2003/86/CE, sobre reagrupación familiar, como una cuestión facultativa. Ahora bien, este carácter facultativo decae en favor de una cuestión preceptiva si en el Estado miembro de destino reciben un «trato equivalente» al matrimonio y siempre que se trate de la pareja de un ciudadano de la Unión, puesto que se deriva de la extensión del derecho a la libre circulación, a tenor de la Directiva 2004/38/CE⁽¹¹⁾.

La relevancia en el Derecho de la Unión europea respecto al trato de las parejas no casadas y la reagrupación familiar se formula desde el establecimiento de dos categorías de parejas: las parejas registradas y las parejas que forman una unión estable debidamente probada. Esta distinción permite limitar el alcance de la reagrupación, en tanto que se permite el acceso a la reagrupación únicamente a las primeras, y se reconoce para las segundas un trato menor, al establecer para ellas no un derecho a la reagrupación familiar, sino la posibilidad de solicitar una entrada y una residencia por motivos diferentes a la reagrupación.

(8) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. DOGC núm. 5686 (5 de agosto de 2010).

(9) Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre reagrupación familiar. DOUE. L 251/12 (3 de octubre de 2003).

(10) Sobre el estudio de sentencias en otras Comunidades Autónomas MARÍN CONSARNAU, D., *La reagrupación familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Barcelona: Bosch, 2010, pp. 167-171.

(11) En este sentido véase CONDINANZI, M.; AMALFITANO, C., «La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario», en *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm. 2, 2008, pp. 411-412.

De este modo, la voluntad de dotar de ciertos efectos a estas parejas se consigue a través de un juego de equilibrio en la negociación de las normas de derecho derivado que afecta a la reagrupación familiar, y que se traduce en la no imposición a los Estados miembros de la inclusión de relaciones familiares fuera del ámbito de la familia nuclear. Así, del párrafo último del artículo 4.3 de la Directiva 2003/86/CE se desprende que «Los Estados miembros podrán decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar», y en el artículo 3.2.b) de la Directiva 2004/38/CE, se prevé que los Estados miembros puedan facilitar la entrada y la residencia a «la pareja con la cual el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada», mientras que si se trata de una unión registrada serán objeto de extensión del derecho a la libre circulación, al comprender en su artículo 2.b) como miembro de la familia del ciudadano de la Unión a «La pareja con la cual el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, conforme 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 en conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida».

1. Las parejas no casadas en la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre reagrupación familiar

En las disposiciones generales de la Directiva, concretamente en el artículo 2.d), se determina un concepto propio de reagrupación familiar, en el que se destaca el objetivo del mantenimiento de la unidad familiar. Ahora bien, dicho carácter se contempla preceptivamente a la concepción de familia nuclear, que comprende al cónyuge y a los hijos menores. La cuestión a determinar es si hay lugar a otras relaciones afectivas. El artículo 4.3 de la Directiva reconoce la capacidad que poseen los Estados de autorizar, por vía legislativa o reglamentaria, la entrada y la residencia de otros miembros de la familia tales como la pareja no casada del nacional de un tercer país, que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, y la del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, admitiendo que los Estados puedan decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar⁽¹²⁾. De este modo, la Directiva incorpora como novedad la posible inclusión de este tipo de uniones no matrimoniales, pero dejando a los propios Estados la decisión para la opción de su incorporación, con lo que la cuestión tampoco está exenta de problemas.

En primer lugar, como se ha detectado, de la regulación de la Directiva se pretende hacer distinciones entre las parejas no casadas y las parejas registradas⁽¹³⁾. Parece ser que la Directiva fija el régimen de las parejas no casadas distinguiendo dos situaciones: la pareja

(12) El legislador europeo en el ámbito de la reagrupación familiar establece una posible equiparación de las parejas no casadas registradas a las parejas unidas por vínculo matrimonial por lo que se refiere a la reagrupación familiar, pero dejando la decisión en manos de los Estados miembros. El alcance de la previsión respecto a estas parejas es facultativo para los Estados, por tanto, queda bastante limitado al darse la opción de elección al ordenamiento jurídico de cada Estado.

(13) VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la inmigración», en Calvo Caravaca, A.L.; Castellanos Ruiz, E., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos*

no casada, con la cual el reagrupante debe mantener una relación duradera debidamente probada, y la pareja registrada⁽¹⁴⁾. Si el último párrafo del artículo 4.3 establece que «los Estados miembros podrán decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto a la reagrupación familiar», se sugiere que en el caso de parejas no casadas sólo admite su entrada y residencia, con lo que no les reconoce el derecho a la reagrupación familiar, que queda reservado a las parejas registradas, a decisión de cada Estado miembro. En segundo lugar, la Directiva no determina un concepto autónomo de lo que debe entenderse por este tipo de parejas. Si bien podemos detectar elementos comunes, lo cierto es que cada Estado que las reconoce, establece una regulación propia⁽¹⁵⁾. Finalmente, en tercer lugar, la inexistencia de armonización en las legislaciones de los Estados sobre la introducción de estas parejas en el ámbito de la reagrupación familiar, puede producir un efecto no deseado. En principio la Directiva, mediante su regulación, pretende la armonización de las legislaciones en materia de reagrupación familiar, para así evitar que la entrada a un determinado país de la Unión se prefiera, en unos países respecto a otros, atendiendo a criterios del nivel de protección establecido en la normativa interna. Sin embargo, cabe plantearse que quizás esta preferencia quede ahora abierta hacia la elección de los países que sí permitan la reagrupación familiar de las parejas no matrimoniales.

Respecto a la introducción de las uniones no matrimoniales en la Directiva 2003/86/CE resulta interesante el proceso de negociación para su definitiva aprobación, en atención a las posturas de los diferentes Estados. Respecto a conceptos abiertos como la concepción de «relación duradera» de parejas de hecho, Austria, España, Grecia, Italia, Finlandia y Suecia hicieron referencia a las dificultades para aportar dicha prueba, por lo que Austria y Finlandia apuntaron la introducción de la cohabitación como requisito. Sin embargo, la Comisión consideraba que en el caso de parejas casadas la cohabitación no era un requisito, y que era la legislación propia de cada Estado miembro la que debía establecer el contenido de una «relación duradera». Francia y España consideraron que la inclusión de las parejas de hecho podría suponer un trato más favorable para nacionales de terceros Estados que para los ciudadanos de la Unión. Asimismo, España expresó que en la normativa española no existe igualdad completa entre las parejas casadas y las que no lo son⁽¹⁶⁾. En 2001, España pidió que se suprimiera a la pareja de hecho como familiar reagrupable, Alemania defendió que dicha inclusión debía ser potestativa para cada Estado⁽¹⁷⁾, y Suecia opinó que «pareja de hecho» debía substituirse por uniones de hecho registradas. España y Francia

internacionales, Madrid: Colex, 2004, p. 836. La autora hace referencia a dos categorías que señala se realizan: «sobre la base de su estatuto registral», el conviviente y la pareja registrada.

(14) Véase también en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 819-843.

(15) En el derecho comparado europeo existen algunos países que sí han regulado la figura de las parejas no casadas, es el caso de los Países Escandinavos, Alemania, Países Bajos, Bélgica, Francia y Portugal. Para su estudio véase en MARTÍN CASALS, M., «Las parejas de hecho en el derecho europeo: realidades, variantes y perspectivas», en AA.VV., *Puntos capitales de derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid: Dykinson, 1999, pp. 167-208; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Nuevos modelos familiares y Derecho Internacional Privado», en *Las Uniones estables de pareja. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2003, pp. 128-130; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Barcelona: Marcial Pons, 2004.

(16) Documento del Consejo: 6504/00 MIGR 24, 16 de marzo de 2000.

(17) Documentos del Consejo: 11524/00 MIGR 76, 4 de enero de 2001; 5682/01 MIGR 5, 31 de enero de 2001.

insistieron en la dificultad de demostrar la existencia de una relación estable al vivir en un tercer país. Alemania, España, Francia, Grecia, Austria y Portugal mantuvieron reservas sobre las parejas de hecho: Grecia y Portugal querían que se indicara expresamente que en ese Estado miembro la pareja de hecho debía tener un trato equivalente al matrimonio, y Francia y Alemania pedían que su inclusión fuera decisión de cada Estado miembro⁽¹⁸⁾. Como consecuencia, se consideró la supresión de la pareja como familiar preceptivamente reagrupable, dejando esa opción en manos de los Estados miembros. España, Alemania y Portugal mantuvieron una reserva, y las dos últimas entendían que el trato similar debía encontrarse en las normas de extranjería⁽¹⁹⁾. En julio de 2001, se determinó que para examinar la solicitud de las parejas de hecho, los Estados debían fundamentar la existencia de relación familiar en cuestiones como tener un hijo común, que exista convivencia previa, un contrato de convivencia registrada o cualquier otro tipo de prueba fiable⁽²⁰⁾. De momento, los Estados se plantearon que pudieran ser objeto de reagrupación familiar las parejas de hecho, independientemente de si eran o no registradas, quedando la cuestión del registro como una de las pruebas de existencia de vínculo familiar. España formuló una reserva al respecto y Suecia dudaba sobre la presentación del contrato de convivencia como prueba de la existencia de pareja de hecho, sino más bien como presupuesto necesario para la reagrupación, descartando así que las meras parejas de hecho fueran familiares reagrupables⁽²¹⁾. En septiembre de 2002, Suecia sugirió que se aportara una definición de la pareja registrada, y que a tales efectos tuviera la misma consideración que el cónyuge. Finlandia y Países Bajos apoyaron esta propuesta, pero la mayoría de Estados se opusieron. Grecia mantuvo una reserva a la posibilidad de reagrupar a las parejas no casadas. Al respecto, España y Austria expresaron que debería someterse a decisión de cada Estado, y que el hecho de que en un Estado se hubieran reconocido a efectos de reagrupación familiar no debería tener efecto automático en otro Estado miembro⁽²²⁾.

2. Las parejas no casadas en la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 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

Una de las cuestiones más importantes que aporta la Directiva 2004/38/CE es, sin lugar a dudas, que ofrece un texto normativo único⁽²³⁾, en el que se regula la entrada y la resi-

(18) Documento del Consejo: 6450/01 MIGR 11, 6 de marzo de 2001.

(19) Documento del Consejo: 8491/01 MIGR 39, 10 de mayo de 2001.

(20) Documento del Consejo: 10922/01 MIGR 62, 20 de julio de 2001.

(21) Documento del Consejo: 11330/01 MIGR 68, 2 de agosto de 2001.

(22) Documento del Consejo: 11787/02 MIGR 76, 30 de septiembre de 2002.

(23) El cuerpo legal anterior estaba comprendido de dos reglamentos y nueve directivas. Fruto de esta diversidad normativa y de la jurisprudencia se deriva la necesidad de codificación del disperso cuerpo normativo y de la inclusión de la jurisprudencia del TJCE, y que pone de manifiesto DE BRUYCKER, P., «La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme. Présentation générale de la Directive 2004», en Carlier, J.Y.; Guild, E., *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, Bruxelles: Bruylant, 2006, pp. 21-43. Así pues, la Directiva 2004/38 modifica el Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, y se derogan

dencia en los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y sus familiares, teniendo en cuenta que se comprenden diferentes supuestos en base a la realización de su ejercicio⁽²⁴⁾. Además de esta simplificación normativa, también pretende una simplificación material respecto a los trámites para el ejercicio del derecho de residencia del ciudadano de la Unión y de sus familias⁽²⁵⁾. En este sentido, para el ciudadano desaparece la exigencia de tramitar una tarjeta de residencia comunitaria, al ser necesario simplemente un registro, el cual tiene carácter facultativo por parte del Estado de destino, y que deja el requisito de la obtención de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión a los familiares⁽²⁶⁾. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que para evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga para el Estado de acogida, ésta puede ser sometida a ciertas condiciones, siempre que sean claras y exhaustivas, a fin de evitar prácticas administrativas que obstaculicen dicho derecho por prestarse a interpretaciones divergentes.

La Directiva reconoce que el estatus de ciudadano de la Unión comporta que dicho ciudadano tiene un derecho a residir y circular libremente por el territorio de los Estados miembros, cuyo derecho también les es reconocido a sus familias. De este modo, las incluye en su ámbito de protección, a fin que dicho derecho quede garantizado en condiciones objetivas de libertad y dignidad en su realización para el propio ciudadano de la Unión, y estableciendo que la libre circulación de personas constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior. En este sentido, parece que la Directiva pretende establecer un equilibrio entre la vertiente económica y política de la libre circulación, estableciendo para ello que el beneficiario de la libre circulación y residencia es el ciuda-

las Directivas 64/221/CEE, 68/3607CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, y 90/96/CEE. También véase en ESTEVE GARCÍA, F.; ILLAMOLA DAUSÀ, M., «Anàlisi de la transposició a Espanya de la Directiva 2004/38 sobre entrada, lliure circulació i residència de ciutadans de la Unió Europea i els seus familiars a través del Reial Decret 240/2007», en Larios, M.J.; Nadal, M. (dir.), *L'estat de la immigració a Catalunya. Anuari 2006. Anàlisi jurídica i sociodemogràfica*, vol. I, Barcelona: Mediterrànea, 2007, p. 113.

(24) De este modo, el considerando tercero de la Directiva establece que es necesario «codificar y revisar los instrumentos comunitarios existentes tratando separadamente a los asalariados, los trabajadores por cuenta propia, así como los estudiantes y las otras personas inactivas, de manera que se simplifique y refuerce el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión». Tal y como apunta HAILBRONNER a pesar que la Directiva comprende un texto único, lo cierto es que en ella se distinguen las situaciones según se ha ejercido o no actividad económica. Véase HAILBRONNER, H., «Free movement of EU nationals and Union citizenship», en Cholewinski, R.; Perruchoud, R.; Macdonald, E., *International Migration Law. Developing paradigms and key challenges*, The Hague: Asser Press, 2007, p. 320. Tal situación deriva, en cierto modo, de la regulación anterior, puesto que tal y como expresa BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, en referencia a las diversas normativas existentes con anterioridad a la Directiva 2004/38/CE: «el ámbito de familiares protegidos por esta legislación comunitaria, al igual que sus derechos y la extensión de éstos no siempre es el mismo. El ámbito de familiares que podrá trasladarse junto a él diferirá según los requerimientos del título bajo el cual el nacional comunitario esté disfrutando de dicha movilidad territorial». Véase en BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «La reagrupación familiar: Complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual», en *Portuaria*, núm. 3, 2003, pp. 267-268.

(25) Véase el estudio de CARLIER sobre el ámbito de aplicación y el contenido propio de la Directiva. CARLIER, J.Y., «Le devenir de la libre circulation des personnes: dans l'Union Européenne: regard sur la Directive 2004/38», en *Cahiers de Droit Européen*, núm. 1, 2006, pp. 13-34, y FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Manifestaciones de la gestión de los flujos migratorios en la Unión Europea», en *Diario La Ley*, núm. 6453, marzo 2006, pp. 4-6.

(26) En consonancia con el espíritu de la Directiva, se pasa del término tarjeta de familiar de residente comunitario a tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión.

dano de la Unión, cuyo derecho se extiende a los familiares debidamente contemplados en ella⁽²⁷⁾.

Respecto a los familiares a los que se hace extensible la libre circulación, la Directiva supone, por un lado, la ampliación de los vínculos familiares a las parejas registradas si la legislación del Estado miembro de acogida equipara dicha unión al matrimonio, así como la posibilidad de facilitar la entrada y la residencia a otros vínculos familiares no contemplados propiamente en la Directiva, siempre que se acredite una situación de dependencia con el ciudadano de la Unión.

Desde la primera propuesta de Directiva, de 2 de julio de 2001, Alemania e Italia apoyaron que la Directiva no podría suponer, de ningún modo, un retroceso respecto al Derecho comunitario vigente⁽²⁸⁾. A pesar de que la propuesta fue gratamente aceptada, sobre todo en referencia al alcance que se pretendía dar a la ciudadanía de la Unión, los Estados mantuvieron tensiones en diferentes aspectos, entre los cuales destaca, por lo que a nuestro estudio se refiere, la ampliación de los miembros de la familia y sus derechos. Por tanto, nos encontramos con que los Estados vuelven a la carga sobre la concepción del concepto de familia, aun encontrándose en el ámbito de la libre circulación. No en vano recordemos las dificultades que hemos contemplado en la aprobación de la Directiva 2003/86/CE⁽²⁹⁾.

La inclusión de las situaciones de pareja dentro del ámbito de consideración de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión a la que le es extensible el derecho a la libre circulación fue una de las cuestiones más significativas de la referida norma, aunque discutida también en su fase de negociación⁽³⁰⁾. La propuesta originaria rezaba así «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 la de los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación». No obstante, en el texto finalmente aprobado se recoge a la «pareja con la que el ciudadano de la Unión haya celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado de acogida otorga a la uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad a las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro de acogida». Por tanto, pasamos de parejas no matrimoniales en general, registradas o no, a

(27) En palabras de FERNÁNDEZ PÉREZ: «el concepto de libre circulación de las personas ha experimentado un cambio significativo, aunque la consecución de la movilidad sigue planteando problemas. Si en las primeras disposiciones se trataba únicamente de la libre circulación de cada persona considerada como un sujeto económico, ya fuera como trabajadores o como prestatarios de servicios, este concepto económico inicial se ha generalizado paulatinamente vinculándose íntimamente a la noción de una ciudadanía europea, independientemente de la actividad que se ejerza y de las diferencias en cuanto a la nacionalidad». Véase FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Manifestaciones de la gestión de los flujos migratorios en la Unión Europea», en *Diario La Ley*, núm. 6453, marzo 2006, pp. 1-9.

(28) Documento del Consejo: 15380/01, 18 de diciembre de 2001.

(29) «The proposal for a Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and residence freely within the territory of the Member States has partly aroused the same kind of discussions about the notion of family that would justify the recognition of the right to family reunification», en AA.VV., *Report on the situation of Fundamental Rights in the European Union and its Member States in 2002*, Luxemburg: European Communities, vol.1, 2002, p. 56.

(30) Véase TONER, H., *Partnership Rights, Free Movement, and EU Law*, Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 60-68.

parejas registradas, y del término «asimilación» al «trato equivalente». Fue Portugal la que apuntó que cuando las uniones de hecho son reconocidas no significa que se asimilen en todos los supuestos a una pareja casada, a lo que la Comisión, en una reflexión sobre la dificultad del texto, contestó que sería la legislación nacional de cada Estado miembro y su jurisprudencia las que determinarían la existencia de dicha asimilación⁽³¹⁾.

Es necesario observar con atención que su introducción en la Directiva difiere igualmente respecto a si estamos ante una pareja registrada o si se trata de una pareja de hecho. Así, en el caso de las parejas registradas se trata de un miembro de la familia beneficiario de la libre circulación, y en los supuestos de situación de hecho se considera otro vínculo familiar al que los Estados deben tender a favorecer su entrada y residencia. El artículo 2.2.b) de la Directiva establece que tendrá la consideración de miembro de la familia «la pareja con el que el ciudadano de la Unión haya 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». A tenor del precepto reproducido, podemos resaltar tres puntos clave para considerar a estas parejas miembros de la familia de un ciudadano de la Unión: 1) Debe tratarse de una pareja registrada. 2) El registro de esta pareja debe producirse de acuerdo con las normas de registro de ese Estado miembro. 3) Serán consideradas miembros de la familia siempre que el Estado miembro de acogida otorgue un trato equivalente de estas parejas con los matrimonios bajo las normas del propio Estado miembro de acogida. Por tanto, este último requisito es el que va a propiciar que cada Estado miembro opte o no por la inclusión de estas parejas, según si existe esta equivalencia en su legislación⁽³²⁾. Fijémonos que estamos hablando de equivalencia⁽³³⁾, no de la consideración de estas parejas dentro del concepto de cónyuge, puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea así lo ha expresado, al reconocer que el concepto cónyuge no incluye la unión no matrimonial, atendiendo a la diversidad de legislaciones en los diferentes Estados miembros que contemplan esta realidad, pero que dichas uniones sí que estarían incluidas en el ámbito de la libre circulación, siempre que en ese Estado los nacionales tuvieran derecho a residir con sus parejas⁽³⁴⁾. Por otra parte, las parejas puramente de hecho, tal y como contempla la Directiva en su artículo 3.2, se consideran como otros miembros de la familia con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable que debe

(31) La cuestión de la asimilación fue ampliamente debatida. Francia insistió en que esa referencia a la asimilación debía hacerse a las normas propias de inmigración, lo cual resultaba bastante más restrictivo. Documento del Consejo: 10572/02, 10 de julio de 2002.

(32) Mientras que en el ámbito de la reagrupación de extracomunitarios la inclusión de estas parejas reviste un carácter facultativo, en la Directiva 2004/38 es preceptiva su inclusión si en el Estado miembro la pareja recibe un trato equivalente al matrimonio.

(33) Aunque, debe tenerse en cuenta que la Directiva no determina propiamente los términos de equivalencia.

(34) STJCE de 17 de abril de 1986, *Estado neerlandés c. Ann Florence Reed*, C-59/85, Rec. 1986, p. 01283. Tal y como expresa CORTÉS MARTÍN: «De este modo, si el país de residencia no dispone de una Ley que otorgue automáticamente la ventaja de la residencia a las parejas de hecho de los nacionales, no cabrá basar ningún derecho en esta disposición». Véase en CORTÉS MARTÍN, J.M., «Inmigración y derecho a la reunificación familiar en la Unión Europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?», en *Anuario de derecho europeo*, núm. 4, 2004, p. 43.

ser probada⁽³⁵⁾, a la que los Estados deberán facilitar, conforme a su legislación nacional, la entrada y la residencia.

III. EL TRATO DE LAS PAREJAS NO CASADAS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA INTERNO

Esta doble condición de parejas también encuentra su reflejo en nuestra normativa interna, aunque con cuestiones específicas que deben formularse desde la perspectiva del Derecho de la Unión europea, tanto en el régimen general de extranjería como en el régimen comunitario⁽³⁶⁾.

La introducción de las parejas no casadas en el ámbito de la reagrupación familiar se inició en el régimen comunitario de extranjería, mediante el RD 240/2007, de 16 de febrero, en la transposición de la Directiva 2004/38/CE al ordenamiento jurídico español. Sin embargo, su inclusión provocó un fenómeno ambiguo de protección y desprotección en los modelos familiares no matrimoniales con elemento de extranjería. Nos referimos a protección en tanto que las parejas inscritas encuentran cabida en el ámbito de la reagrupación en la extensión del derecho a la libre circulación del ciudadano de la Unión. Sin embargo, la desprotección es inmediata al exigirse, pese a presentar síntomas de dudosa transposición, un requisito de imposibilidad de registros simultáneos, que no se contempla ni en la referida Directiva ni el propio derecho interno.

La inclusión de estas parejas en el ámbito del régimen general de extranjería se realiza con posterioridad a través de la reforma de la Ley orgánica de extranjería, operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre⁽³⁷⁾. Sorprende del nuevo articulado que la introducción de estas parejas se realiza de un modo más amplio que en el RD 240/2007, aunque también va a encontrar límites inmediatos a través de las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración. En lo que se refiere a su compatibilidad con el derecho de la Unión europea sorprende también, en principio, que su alcance pueda resultar más amplio que el que se establece en la propia Directiva 2003/86/CE.

1. Las uniones no matrimoniales en el RD 240/2007, de 16 de febrero, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010

Las normativas autonómicas que se preocupan por la regulación de las uniones de pareja adquirieron un cierto grado de protagonismo en la inclusión de estas parejas en el RD 240/2007. La norma para la transposición interna, el RD 240/2007, asumió la oportunidad de la extensión a estas parejas en el régimen comunitario de reagrupación fami-

(35) El artículo 10.2.f) de la Directiva establece que debe aportarse la prueba, no la tipología.

(36) Como señala BORRÁS la aplicación y el desarrollo del derecho comunitario es un esfuerzo continuo. BORRÁS, A., «Espanya com a membre de la Comunitat europea i els seus efectes sobre les Comunitats Autònomes», en *Autonomies, Revista catalana de dret públic*, núm. 13, 1987, p. 50.

(37) BOE núm. 299 (12 de diciembre de 2009).

liar, al considerar la equivalencia de trato de estas parejas en su ordenamiento jurídico interno, pero introduciendo límites, entiende el Tribunal Supremo, no previstos en la Directiva.

La Directiva 2004/38/CE establece que para su inclusión como familiar de ciudadano de la Unión en su ámbito de aplicación tiene que existir un trato equivalente de estas relaciones afectivas y el matrimonio. La importancia de la consideración de estas normativas autonómicas recae en que son empleadas para observar la equivalencia de trato que busca el legislador europeo en su voluntad de ampliar el modelo familiar de reagrupación, con independencia de la nacionalidad del reagrupado. Entiéndase esta obligatoriedad en el ámbito de la Directiva 2004/38/CE, cuando se trata de parejas registradas, si el Estado miembro, según el artículo 2.b) de la Directiva 2004/38/CE, les otorga un trato equivalente al matrimonio y en conformidad con la legislación aplicable a la del Estado miembro de destino⁽³⁸⁾. Esta equivalencia de trato no se deduce de una igualdad plena de derechos, sino de un reconocimiento de estas parejas que conviven en una relación afectiva y que crean un núcleo familiar en común, y que como tal tiene que ser protegido⁽³⁹⁾. De ello se percibe que al contemplar la normativa interna, en concreto el artículo 2.b) del RD 240/2007, a las parejas con unión análoga a la conyugal y que se encuentren inscritas, se sirve este precepto normativo, por un lado, de la jurisprudencia constitucional que interpreta que del artículo 39 de la CE se deriva el principio de la protección de las familias asumiendo la existencia de otros modelos familiares no basados exclusivamente en el matrimonio y que incluye a las parejas no casadas en esta convivencia *more uxorio*. Y, por otro lado, de la existencia de numerosas regulaciones autonómicas que organizan su realidad y derechos en base a la protección de este principio constitucional⁽⁴⁰⁾.

La anunciada desvirtualización de los registros se produce a través del artículo 2.b) del RD 240/2007 y de las Instrucciones de la Dirección general de Inmigración para su aplicación; las Instrucciones DGI/ SGRJ/03/2007. Mientras que en el artículo 2.b) se exigía que para la consideración como familiar de la pareja de un ciudadano de la Unión era necesario que en el Estado donde se había inscrito la pareja no existiera un registro simultáneo, en las Instrucciones expresamente se excluía cualquier efecto para la tramitación de la residencia de familiar de ciudadano de la Unión a los registros efectuados en España, ya se tratara de un registro local o de un registro autonómico. La interpretación era que el artículo 2.b) del RD 240/2007 establecía una exigencia de registro único para proceder a la expedición

(38) Según el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva, 12 Estados miembros incluyen dentro de los miembros de la familia a las parejas registradas: Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Italia, Luxemburgo, Portugal, Países Bajos, España, Suecia y Reino Unido. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*. COM (2008) 840/3.

(39) Si así se entendiera, podría justificarse que las parejas no casadas no estuvieran contempladas en el momento de transponer la Directiva 2004/38/CE. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?», en Álvarez González, S. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensión interna e internacional)*, Santiago de Compostela: Imprenta Universitaria, 2009, p. 237.

(40) Las Comunidades Autónomas han elaborado sus propias leyes que regulan diferentes cuestiones sobre las parejas no casadas partiendo del principio constitucional de protección a la familia. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 44-57; POUS DE LA FLOR, M.P., «La institución familiar en las parejas del mismo sexo», *Diario La Ley*, núm. 6276, 2005, pp. 1-8.

de la tarjeta de residencia como familiar del ciudadano de la Unión. Estas disposiciones no nos podían dejar indiferentes. Es de todos conocido que el registro único de parejas en España no existe. Interpreta así la Instrucción que el precepto normativo sólo comprende a las parejas registradas en cualquier otro Estado miembro que sí disponga de este tipo de registro⁽⁴¹⁾. No preocupa desde un punto de vista jurídico garantista de derechos que este tipo de uniones pueda darse entre ciudadanos de la Unión que residen en España bajo los requisitos impuestos en alguna de nuestras leyes autonómicas, y mucho menos que puedan producirse entre un nacional español y un extranjero, fomentando de este modo, en el ámbito de las relaciones mixtas, el discutible fenómeno de la discriminación inversa, aunque de forma indirecta.

Con la anulación de la expresión «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» del artículo 2.b) del RD 240/2007, de 16 de febrero, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1 de junio de 2010, elimina el límite impuesto a las parejas registradas. En este sentido, su supresión pone fin a los problemas que la reagrupación de estas uniones ha soportado, no sólo debido a la interpretación restrictiva que el RD 240/2007 estaba imponiendo, sino también a la actuación de la administración en la resolución de estos expedientes a tenor de la aplicación de las Instrucciones DGI/SGRJ03/2007, que restringían su ámbito de aplicación a determinados Estados miembros y la ignorancia de los propios registros autonómicos y locales previstos en las diferentes leyes autonómicas sobre convivencia *more uxorio* en España.

La Directiva contempla que el registro de la pareja debe efectuarse según la ley en la que éste se originó, por lo que habrá de estarse a lo previsto en la ley extranjera, y corresponde al Estado de destino delimitar si admite o no a estas parejas como vínculo familiar a efectos de libre circulación. Si la pareja se constituye con arreglo a la legislación de un Estado miembro, el exigir la existencia de un registro único se antoja como una superación de la competencia del legislador del Estado de acogida. Si bien, la Directiva también establece que será «de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida», es difícil afirmar que pueda admitirse la imposición de una restricción que no encuentra amparo en la propia normativa estatal, al no existir en España una ley estatal sobre parejas de hecho, ni tampoco en las distintas regulaciones autonómicas, al requerir un tipo de registro que no existe en España⁽⁴²⁾ y que hace tambalear la demanda de equivalencia que reclama la Directiva.

El Tribunal Supremo ha considerado la oportunidad de la supresión de este requisito de registro único al ser una restricción no contemplada por la propia Directiva. Si bien, pueden preocupar las situaciones de multiplicidad registral, ello no obsta para que las vías de fraude deban resolverse por otros cauces. Con ello, no puede reconocerse una carga desproporcionada para el ciudadano que ha constituido su pareja registrada conforme a la

(41) Destacan las referidas Instrucciones los casos de Alemania, Francia, Reino Unido, República Checa, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo y Suecia.

(42) PALOMAR OLMEDA señala la existencia de una línea de limitación de los derechos de los extranjeros que se produce de forma indirecta cuando se trata de familiares de los beneficiarios del régimen comunitario de extranjería. Véase en PALOMAR OLMEDA, A., «Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 637, 2004, p. 7.

legislación de un Estado miembro, y resultando la administración competente la que, caso por caso, deberá atender si existe o no dicho fraude. Si las garantías resultan o no suficientes, no es una carga que deban soportar el ciudadano de la Unión y su pareja registrada. De este modo, aunque los límites impuestos responden a la complejidad de las dificultades del control para evitar situaciones de fraude, la cuestión no es tan sencilla, al no poder limitar los derechos como beneficiarios de la Directiva para poner freno a situaciones irregulares⁽⁴³⁾.

Sin embargo, el voto particular de la STS de 1 de junio de 2010 entiende que el establecimiento del requisito del registro único no implica una restricción respecto al contenido subjetivo de la Directiva, sino concreción a la imprecisión e incertidumbres que provoca la inclusión en la Directiva de las parejas registradas como beneficiarias de los derechos de entrada y residencia. Y ello, puesto que interpreta que éste es uno de los preceptos en los que la Directiva se dirige más directamente a la actuación de los Estados miembros, en aras a que éstos tengan margen de maniobra para poder establecer las cautelas oportunas dirigidas a la lucha contra las constituciones de parejas simuladas⁽⁴⁴⁾.

Las consecuencias de la anulación de este requisito de imposibilidad de doble registro son importantes. Las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007 dejan de tener efecto en la interpretación restrictiva sobre la exclusiva atención de las parejas registradas formalizadas en Estados miembros de registro único, y sobre la ignorancia de los registros efectuados en España, de carácter autonómico o local, cuya validez deja ya de ser discutida⁽⁴⁵⁾. Si bien, cabe señalar, que tal situación llegó a plantear que las parejas registradas que no pudieran llegar a los parámetros del artículo 2.b) del RD 240/2007, podían acudir a diferentes vías. Por un lado, a la vía de la Disposición adicional decimonovena del RD 2393/2004, como autorización por circunstancias excepcionales. Y, por otro lado, tras la entrada en vigor de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, por la cual se modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, acudir al régimen general de extranjería que proporcionaba un régimen más beneficioso para estas parejas al poder ubicarse en el ámbito de la reagrupación familiar, y así no buscar una salida por la vía de las circunstancias excepcionales, debido a las dificultades prácticas sobre la virtualidad de la referida Disposición adicional decimonovena⁽⁴⁶⁾.

(43) Sobre las dificultades de la inclusión de la pareja de hecho y la redacción del artículo 2.b) ya se pronunció el Consejo de Estado en referencia al proyecto de Real Decreto, por cuanto la «inexistencia en nuestro ordenamiento de un único instrumento jurídico que garantice la igualdad de esas uniones registradas en el conjunto del territorio español», núm. expediente: 1829/2006.

(44) En este sentido, GARCÍA RODRÍGUEZ al afirmar que «Ya nos parece suficientemente complicado y delicado el control de los matrimonios celebrados en fraude de ley como para entrar a verificar la validez de la existencia de una pareja estable». GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «La calificación jurídica del matrimonio de conveniencia: del fraude al uso indebido de la institución matrimonial», en *REDI*, vol. LIX, núm. 2, 2007, p. 617.

(45) Las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2010, así lo afirman sin dejar lugar a ninguna duda, y ordenando de forma directa que los procedimientos que se encuentren en curso sean resueltos teniendo en cuenta la validez de los efectos de estos registros.

(46) MATA I BURGAROLAS, I., curso de formación continuada «Autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales: cuestiones prácticas. Familiares de españoles: problemática y soluciones», Colegio de Abogados de Barcelona, 31 de enero de 2008.

2. Las uniones no matrimoniales tras la reforma operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, y perspectivas del nuevo reglamento

Cuando el reagrupante es extracomunitario la reagrupación familiar se contempla en el régimen general de extranjería; LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades en España y su integración social, y sus sucesivas modificaciones⁽⁴⁷⁾ (de ahora en adelante, LOEX), y en el RD 2393/2004, de 30 de diciembre⁽⁴⁸⁾, que contempla el desarrollo reglamentario de la referida Ley. Tras la última reforma de esta Ley, mediante la LO 2/2009, de 11 de diciembre, se contempla la posibilidad de que puedan reagruparse a las parejas no casadas. Es necesario dar un toque de atención a la nueva realidad normativa, puesto que su proyección no distingue, en principio, las dos categorías de parejas. Sobre este tema, recordar que la Directiva 2003/86/CE prevé que los Estados puedan introducir en la reagrupación familiar a las parejas registradas, y que se las pueda permitir el acceso a la entrada y la residencia si es una pareja de hecho, con lo cual sólo en el caso de tratarse de una pareja registrada se encuentra protegida por la reagrupación familiar, salvo que los Estados miembros quieran disponer otro trato más favorable, a tenor de lo previsto en el artículo 3.5 de la Directiva 2003/86/CE.

Así, la última reforma de la LOEX mediante la LO 2/2009 modifica su artículo 17 e introduce un artículo 17.4 que supone la equiparación al cónyuge, en el ámbito de la reagrupación familiar, a los supuestos de relaciones análogas a las conyugales: «La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que esta relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España». Las dudas que nos suscita la nueva regulación se concentran en dos cuestiones clave. Por un lado, ¿es esta regulación más favorable que la prevista en el régimen comunitario? En este caso, a tenor del artículo 1.3 de la LOEX los ciudadanos de la Unión podrían acogerse a este régimen más beneficioso, superándose, de este modo, los obstáculos del registro que se han expuesto⁽⁴⁹⁾. Pero, por otro lado, la importancia de reunir los requisitos necesarios para producir efectos en España ¿nublará la posibilidad de dar efectos en las parejas no casadas constituidas según las normativas autonómicas? Seguramente acabaremos asistiendo a una norma reglamentaria o a unas instrucciones para discutir los límites que se impondrán para poder entender que una determinada pareja no casada cumple con los «requisitos necesarios para producir efectos en España».

Esta última afirmación encuentra una amplía justificación en la referida problemática de las uniones no matrimoniales y el registro en el ámbito del régimen comunitario de extranjería, y en las previsiones de la Instrucción DGI/SGRJ/08/2009, sobre la aplicación

(47) Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la LO 14/2003, de 20 de noviembre y por la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

(48) BOE núm. 6 (7 de enero de 2005).

(49) «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».

de la LO 4/2000, de 11 de enero, después de la reforma llevada a cabo por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de reagrupación familiar. En ella, se exige que para la acreditación de la pareja se presente una certificación expedida por el encargado del registro correspondiente, exigiendo que este registro tenga carácter público. Si bien, la referida Instrucción precisa el registro de la pareja para dicha acreditación, apartando de este modo a las situaciones de convivencia sin registro, ciertamente sólo exige el carácter público de éste y omite cualquier referencia a la necesidad de un registro único, tal como sucedía en el régimen comunitario, con lo cual tampoco deja sin efectos a los registros autonómicos o locales. A tenor de lo expuesto, se afirma que existen, de momento, suficientes argumentos para entender que el régimen general estaba ofreciendo unas reglas más ventajosas que el régimen comunitario de extranjería. No obstante, este régimen más favorable encuentra otro significado a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, puesto que elimina el Tribunal Supremo la referencia de que deba existir para el reconocimiento de la pareja a efectos de residencia la imposibilidad de un registro simultáneo. Por lo tanto, ya no hay cabida a la interpretación de registro único, desplazando así cualquier obstáculo al reconocimiento del registro efectivamente efectuado, tenga éste carácter local o autonómico. La situación de ventaja sólo restará en los supuestos en el que se trate de una pareja de hecho no registrada, todo a la espera de la regulación que haga el nuevo reglamento de la Ley de extranjería, o de la viabilidad que nos da la Disposición adicional decimonovena del vigente reglamento, introducida por la Disposición final tercera del RD 240/2007, de 16 de febrero.

IV. ¿QUÉ OCURRE EN CATALUÑA CON LA RESIDENCIA DE ESTAS PAREJAS?

En referencia concreta a la convivencia estable de pareja en el libro segundo del Código civil de Cataluña y los problemas de la residencia legal de las parejas no casadas con elemento extranjero, si el problema de las parejas registradas ya es complicado ¿qué sucede cuando la pareja no casada es una unión estable y no existe inscripción? Las parejas no casadas en la regulación que encontramos en el libro segundo encuentran una dificultad añadida. No existe un registro autonómico de parejas, cuestión que sí se da en el ámbito municipal, aunque éstos sufrían de la misma problemática que hemos expresado, puesto que las referidas Instrucciones alcanzaban también a los registros locales. Las categorías de pareja estable que inspiran al legislador catalán no son contempladas por parte del legislador europeo a los efectos de la reagrupación familiar, con lo que encontramos dificultades en la complejidad del problema jurídico planteado sobre la formalización de su residencia.

1. La convivencia estable de pareja en Cataluña: dificultades en la tramitación de la residencia

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en su Capítulo IV del Título III establece la regulación de la convivencia estable de pareja como una modalidad de familia. A diferencia del Código

de familia anterior, el libro segundo pretende recoger las relaciones familiares sean o no matrimoniales, superándose así la distinción anterior de la regulación de estas parejas en una ley diferente al propio Código de familia⁽⁵⁰⁾. El propio preámbulo de la Ley 25/2010 hace hincapié sobre esta situación al expresar que a raíz de los cambios normativos que propiciaron la superación de la concepción del matrimonio heterosexual, mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la cual se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, mantener la diferenciación de la regulación de estas parejas, con motivo de su orientación sexual, ya no resulta necesario. De este modo, el libro segundo rompe con el trato diferenciado que el ordenamiento jurídico catalán había propiciado al establecer una regulación independiente del Código de familia⁽⁵¹⁾ sobre estas parejas en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

El artículo 234.1 del libro segundo establece que dos personas que conviven de manera análoga a la conyugal tienen la consideración de pareja si: a) La convivencia dura más de dos años ininterrumpidos; b) Si durante la convivencia tienen un hijo en común, y c) Si formalizan la relación mediante escritura pública. En los tres supuestos considera el legislador catalán que la convivencia resulta debidamente acreditada a efectos de considerarla en la categoría de convivencia estable de pareja. ¿Qué consecuencias se producen entonces respecto a la reagrupación? Las soluciones, que también están sujetas a importantes inconvenientes, serán diferentes dependiendo de la nacionalidad del reagrupante y de los requisitos que cumplan estas parejas, aunque resultando más favorecidas si la pareja ha decidido inscribirse en el registro del municipio donde se encuentran residiendo, a pesar de que el registro no es requisito exigible en la regulación del derecho civil catalán para la formalización de la pareja.

Si el reagrupante es ciudadano de la Unión y la inscripción de la pareja acontece en un registro municipal la tramitación de la tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión estaba sujeta a serias dificultades y difícilmente podía prosperar. Solución a): Acudir a la Disposición adicional decimonovena del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, que prevé que se les facilite la residencia a través de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a las parejas con las cuales el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada. Solución b): Solicitar la residencia con motivo de reagrupación familiar por la vía establecida en el artículo 17.4 de la LOEX, al establecerse un régimen más favorable que el previsto para los ciudadanos de la Unión. Ahora bien, a) y b) ya no resultan necesarias dado que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 anula la exigencia de registro único del artículo 2.b) RD 240/2007, por lo cual, la pareja debidamente registrada podrá formalizar la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

Por otra parte, si el reagrupante es nacional de un tercer Estado y la inscripción de la pareja acontece en un registro municipal, las Instrucciones que interpretan el artículo 17.4 de la LOEX establecen para la reagrupación familiar como único requisito que el registro tiene que ser público. El problema para estas parejas es la inseguridad que genera la falta

(50) En este sentido, BARRAL VIÑALS, I., «Las uniones estables de pareja», en Maluquer de Motes, C., *Derecho de familia. Análisis desde el Derecho catalán*, 2.ª ed., Barcelona: Bosch, 2005, p. 254.

(51) Ley 9/1998, de 15 de julio, del Codi de família.

de aprobación del reglamento que la LO 2/2009 dispone que tiene que establecer las condiciones para la acreditación de las parejas.

Finalmente, si la pareja no está registrada, pero se considera convivencia estable, a tenor de lo que se dispone en el libro segundo, su protección estará todavía más desvirtualizada puesto que la normativa parece alcanzar solamente y con todas las dificultades planteadas a las parejas inscritas. Solución a): Si el reagrupante es ciudadano de la Unión acudir a la Disposición adicional decimonovena del RD 2393/2004 que, como hemos expresado con anterioridad, prevé que se les facilite la residencia a través de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a las parejas con las cuales el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada. Solución b): Si el reagrupante es nacional de un tercer Estado, solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales prevista en el artículo 31.3 de la LOEX.

A pesar de que a) y b) en este último supuesto son las soluciones propuestas para ir por la vía del procedimiento administrativo con un cierto grado de seguridad por su concesión, no podemos dejar de resaltar una Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona de 14 de mayo de 2004⁽⁵²⁾, por la cual se estima el recurso contra una denegación de exención de visado a la pareja homosexual ecuatoriana de un nacional que había formalizado la relación de convivencia ante notario, según lo establecido por la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Entiende el Juzgador que la referida ley otorga un estatus oficial a esta forma de convivencia. Además, se plantea el hecho de que si en lugar de tratarse de una pareja hubiera sido un matrimonio homosexual formalizado en un Estado como Holanda, que en aquellos momentos sí admitía esta modalidad de matrimonio y en España aún no, la viabilidad de dicha exención no hubiera sido discutida y hubiera quedado incluida dentro del ámbito de aplicación del RD 178/2003, de 14 de febrero (norma que ha sido derogada por el RD 240/2007, de 16 de febrero). Añade también, y muy importante, que la formalización de la pareja se había hecho conforme a las previsiones de la ley y que en ningún caso la Administración había aportado prueba de estar ante un fraude por simulación⁽⁵³⁾.

Ahora bien, si al juzgador se le plantea el escenario hipotético en la protección de esta unión dada la circunstancia de que no era posible concluir un matrimonio homosexual en España, desde el momento en que sí es posible⁽⁵⁴⁾ ¿este escenario continúa siendo igual, a pesar de tener en cuenta que la normativa, en este caso el RD 240/2007, determina exclusivamente a las parejas registradas?, ¿seguiría considerándose suficiente la formalización notarial de la pareja como forma prevista por la regulación catalana? Considerando que el registro propiamente ya ha planteado todos los problemas expuestos, difícilmente será

(52) Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona de 14 de mayo de 2004 (RJCA 2004\479).

(53) En referencia a esta sentencia, CAMAS RODA, F., «Las parejas de hecho en lo marco de la función pública, la legislación social y la inmigración», en Roca Trías, E. (dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 353-354.

(54) Ley 13/2005, por la cual se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE núm. 157 (2 de julio de 2005).

factible acceder a la residencia por esta vía, a pesar de que sea una de las previstas en el libro segundo del Código civil de Cataluña.

2. La respuesta judicial sobre las parejas no casadas inscritas en un registro local

La problemática sobre la residencia de estas parejas en Cataluña también ha tenido su reflejo en el ámbito judicial. En este sentido, destacamos tres sentencias sobre el conflicto de la inscripción en un registro de ámbito municipal de estas parejas y las cuestiones para la formalización de su residencia. Las dos primeras se pronunciaron con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, resultando la tercera una remisión directa a la referida sentencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 2008⁽⁵⁵⁾ estima el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Girona de 28 de febrero de 2007, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Girona, de 9 de agosto de 2006, por la cual se resuelve la expulsión de una señora de Honduras con una prohibición de entrada en España durante tres años al encontrarse en el territorio de manera irregular. La interesada alega en el recurso contencioso-administrativo que era la pareja de un nacional español, con el que convivía y del cual estaba esperando un hijo. Aporta en el juicio documentación acreditativa del embarazo y el certificado de la inscripción en el Registro de parejas de hecho del Ayuntamiento de Anglès (Girona). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña valoró diferentes cuestiones que habían hecho variar las circunstancias jurídicas en el caso, puesto que la normativa de aplicación había cambiado y el nuevo RD 240/2007, norma que transpone la Directiva 2004/38/CE, contempla como familiar reagrupable a la pareja de un nacional español, el cual como ciudadano de la Unión tiene derecho a la libre circulación por el territorio. Considera que, en todo caso, la falta de formalización de la residencia de la pareja no responde a una situación que pueda ser catalogada de irregularidad objeto de sanción de expulsión, sino de una sanción administrativa de multa hasta 300 euros. Como la recurrente no solicitó la tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión a la Administración, insta a efectos de que lo haga y estima el recurso anulando la resolución de expulsión.

La Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 6 de Barcelona de 10 de diciembre de 2009 estima un recurso contra el archivo de la solicitud de tarjeta de residencia de familiares de ciudadanos de la Unión, al no aportar el certificado de matrimonio, cuando la solicitud se hizo por ser pareja registrada. Impugna la recurrente que la Administración le pidió un documento conectora de que éste no podía ser aportado, puesto que en la solicitud indicó que pedía la tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión por ser pareja registrada y no matrimonio. La solicitante presentó el certificado del Registro de uniones civiles del Ayuntamiento de Barcelona, en el cual constaba inscrita su unión civil con un nacional español. El juzgador se plantea si para acreditar la condición de familiar de ciudadano de la Unión es necesaria la existencia de un vínculo matrimonial

(55) STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2008, Sección 5.ª (JUR 2009\143872).

o si es posible presentar un certificado de registro de pareja. Para ello, acude en el fundamento jurídico tercero al tenor del artículo 2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, y hace referencia a otras sentencias pronunciadas por juzgados de otras Comunidades Autónomas como Castilla y León y el País Vasco, entendiendo la viabilidad de poder reagrupar a las parejas registradas, y exaltando que no es justificable que las dudas que la Administración pueda tener sobre las garantías del registro o la no existencia de un registro único tengan que ser soportadas por el propio interesado, que efectivamente ha realizado la oportuna inscripción al registro correspondiente. Además, añade que la convivencia está demostrada, ya en la propia declaración del otro miembro de la pareja, como en la existencia de un domicilio común a partir de la aportación del empadronamiento municipal y que es el domicilio que consta en la solicitud. En ningún caso, tampoco el juzgador hace referencia a las restricciones de los efectos del registro que hacen las controvertidas Instrucciones de la Dirección general de Inmigración.

Finalmente, la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Tarragona de 21 de septiembre de 2010 estima el recurso presentado contra la resolución del Subdelegado de Gobierno de Tarragona, de 22 de julio de 2009, que desestima la solicitud de tarjeta de residente de familiar de la Unión, y la Resolución de 8 de enero de 2010, que desestima el recurso de reposición interpuesto. En este supuesto, a diferencia del anterior, la resolución administrativa resuelve la desestimación y no el archivo. La parte recurrente argumenta que acreditó documentalmente el registro de la pareja con un ciudadano español al Registro de parejas de hecho del Ayuntamiento de Tarragona. En esta sentencia el juzgador hace referencia a la Directiva 2004/38/CE y su transposición en el RD 240/2007, pero sin entrar a analizar si la exigencia de la no existencia del registro simultáneo es o no contrario a la Directiva, a pesar de que no lo necesita puesto que, como expresa, la STS de 1 de junio de 2010, suprime esta restricción en el referido precepto normativo, al eliminar que necesariamente se trate de un «registro que impida el registro simultáneo». Ahora bien, aunque dicha sentencia todavía no había sido publicada, remarca el Juzgado que cualquier discrepancia entre el RD 240/2007 y la Directiva 2004/38/CE tiene que resolverse según las disposiciones de la Directiva, por el principio de primacía del Derecho comunitario. Esta reflexión nos conduce a aventurar que en el caso de que el Tribunal Supremo todavía no se hubiera pronunciado sobre los problemas de compatibilidad de la Directiva con el referido Real Decreto, la sentencia de instancia hubiera resultado igualmente estimatoria al dirigirse al tenor de la propia Directiva.

V. REFLEXIONES FINALES

La introducción de las parejas de hecho en el ámbito de la reagrupación familiar comunitario o extracomunitario ofrece una problemática jurídica viva y dinámica que encuentra diferentes particularidades en la regulación de los diferentes Estados miembros, y que pone en una balanza el reconocimiento de otros modelos familiares propios de la sociedad europea, pero con especialidades muy concretas de cada Estado miembro, lo cual complica un reconocimiento amplio a pesar de encontrarnos en el ámbito de la libre circulación.

Su introducción en España como familiares reagrupables, tanto en el régimen comunitario de extranjería, como en el régimen general, supone una serie de dificultades debido

a la diversidad de regulaciones autonómicas que regulan estos modos de convivencia, y que encuentra matices especiales en el caso de Cataluña. Si la pareja estable lo es debido a cumplir con alguno de los requisitos del artículo 234.1 del libro segundo del Código civil de Cataluña, aunque las soluciones finales puedan acabar resultando similares al obtener la residencia por diferentes vías, es cierto que el peso de los modelos de familia que comprenden las parejas estables en Cataluña decae ante la concepción de convivencia estable que el legislador europeo y estatal proporcionan a las parejas registradas para la reagrupación. De este modo, se convierten las parejas registradas en sus únicas beneficiarias, aparcando otras situaciones de convivencia estable análoga a la conyugal a supuestos de residencia por circunstancias excepcionales. Con ello, en Cataluña podemos observar que la pareja que así se formalice a tenor de lo previsto en el libro segundo del Código civil va a necesitar para el reconocimiento de efectos para su residencia un plus de necesidad de registro en el ámbito local, siempre que la pareja pueda acudir a la posibilidad de registro en el ámbito de la corporación local de donde se encuentre residiendo.

La realidad práctica ha dejado en manos de los tribunales la labor de interpretar la existencia de relación familiar protegida a tenor de la Directiva 2004/38/CE, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, publicada el 3 de noviembre de 2010, que pone freno al desconocimiento de los efectos de los registros locales o autonómicos. No obstante, en el supuesto de Cataluña, en el que el carácter del registro no es una exigencia propia para su formación, la cuestión queda en manos de la existencia de unos registros con carácter municipal, cuya voluntad de creación o continuidad depende de la voluntad de las corporaciones locales, lo cual puede suponer que en determinados municipios se posibilite este registro, en otros no al no existir, y en otros se empiece a vetar tal posibilidad al decidir eliminar dicho registro.

III. UN ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNOS ELEMENTOS NOVEDOSOS APORTADOS POR LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO PARA LA DIVERSIDAD CULTURAL

BEATRIZ BARREIRO CARRIL

*Profesora ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Rey Juan Carlos*

RESUMEN

Un análisis de la relación entre la diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos: especial referencia a algunos elementos novedosos aportados por la Convención de la UNESCO para la diversidad cultural

El debate en torno a la relación entre la diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos ha sido una constante desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. A pesar de que ésta proclama la universalidad de éstos y este carácter ha sido constantemente reafirmado, con especial fuerza en la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos, lo cierto es que esta convicción no está afianzada en muchos gobiernos, que argumentan que hay una supuesta contradicción entre sus especificidades culturales y dicha universalidad, que por tanto carece de eficacia jurídica en muchos Estados, privando a millones de seres humanos de una vida digna. Este artículo pretende, partiendo de un repaso sobre los términos del debate planteado y el análisis de los principales textos internacionales en la materia, demostrar cómo la compatibilidad de la universalidad y el respeto de la diversidad cultural es, además de deseable, jurídicamente posible, y exponer, asimismo, algunos argumentos que la Convención de la UNESCO para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales ofrece en esta tarea, poniendo el acento en la importancia de que los logros alcanzados en el terreno filosófico y jurídico puedan tener resultados en la práctica, donde están efectivamente en juego las vulneraciones de los derechos humanos.

Palabras clave: Declaración Universal de Derechos Humanos; universalidad de los derechos humanos, relativismo cultural; diversidad cultural, Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos; Declaración de Bangkok de Derechos Humanos; Convención para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales; interculturalidad.

ABSTRACT

An analysis of the relation between Cultural Diversity and Universal Human Rights: Special mention to some new elements of the UNESCO Convention on Cultural Diversity

The debate about the relationship between Cultural Diversity and Universal Human Rights is still open since the Universal Declaration of Human Rights was adopted by the United Nations. Universalism has been constantly reaffirmed, mainly at the Vienna Human Rights Conference. However, many governments call universalism into question in the name of cultural diversity. As result, thousands of people can not enjoy human rights. This article aims to show the compatibility between Human Rights and Cultural Diversity, which is both legally possible and desirable. After a review on the subject, and the analysis of the main international documents, the article analyses the contributions of the UNESCO Convention on cultural diversity, having in mind the necessity of an operative approach.

Key words: Universal Declaration of Human Rights; Universal Human Rights, cultural relativism; cultural diversity; Vienna Human Rights Conference, Bangkok Declaration of Human Rights; Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions; interculturality.

SUMARIO

- I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL CARÁCTER UNIVERSALISTA DE LA DUDH, PERO LA AUSENCIA DE LA IDENTIFICACIÓN DEL FUNDAMENTO COMÚN DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- II. LAS DEFICIENCIAS DE LOS ARGUMENTOS DEL RELATIVISMO CULTURAL.
- III. LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DEL CUESTIONAMIENTO DE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CLAVE DE RELATIVISMO CULTURAL.
- IV. APORTACIONES DE LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO PARA LA DIVERSIDAD CULTURAL
 1. **El reconocimiento de que la diversidad cultural necesita de la libertad de expresión, información y comunicación.**
 2. **El respeto a la «libertad cultural» como herramienta para confirmar que la diversidad cultural no va en contra del proceso de universalización de los derechos humanos.**
 3. **La exclusión expresa por parte de la Convención del relativismo cultural en la aplicación e interpretación de los derechos humanos garantizados por el Derecho Internacional.**
 4. **La concepción antropológica de la cultura y el principio de interculturalidad como elementos facilitadores del enriquecimiento del fundamento de los derechos humanos.**
- V. PERSPECTIVAS.

-
- I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL CARÁCTER UNIVERSALISTA DE LA DUDH, PERO LA AUSENCIA DE LA IDENTIFICACIÓN DEL FUNDAMENTO COMÚN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) se funda en la universalidad de éstos. Esto implica que todos los seres humanos con independencia de la cultura o religión a la que pertenezcan son portadores de los derechos recogidos en la propia Declaración. Poner énfasis en este carácter universal de los derechos humanos fue la intención de René Cassin al proponer que la Declaración llevase el calificativo de universal (en lugar de internacional). Se proyectaba así el carácter universalista de la Carta de las Naciones Unidas, que «tiene por esencia una vocación de universalidad, en cuanto que constitución de la comunidad internacional, expresión jurídica, en cierta forma, de la Humanidad». Es así que la Carta reafirma en su Preámbulo «la fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y en valor de la persona humana» y se «construyó con el propósito de realizar la cooperación internacional para el desarrollo y estímulo a los derechos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (artículo 13)». La concepción de los derechos humanos establecidos

III. DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

en la Declaración no es exclusivamente occidental. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que forma parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas, instrumento en el que se funda la Declaración, hace referencia a «las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo» (artículo 9). De tal modo, como señala GROS SPIELL, «se reconoce implícitamente que estas grandes civilizaciones y sistemas jurídicos pueden, en múltiples cuestiones, tener particularidades y singularidades que no han de afectar a la universalidad, pero que no pueden olvidarse ni desconocerse»⁽¹⁾.

En ocasiones, algunas voces ponen énfasis en el hecho de que sólo votaron la resolución que contiene la Declaración muy pocos Estados de la actual Comunidad Internacional⁽²⁾, para afirmar así la *sobrerrepresentación cultural de Occidente*. Es cierto que la Declaración se emitió con la abstención de los países comunistas⁽³⁾, lo que podría hacer pensar que la Declaración no casa bien con cualquier tendencia ideológica, lo que de hecho sucede respecto de doctrinas totalitarias. Pero, centrándonos en concreto no en el tema ideológico, sino en el cultural en sentido estricto, el interés en que la diversidad cultural se reflejase en la concepción de los derechos fue de hecho tenido en cuenta en el proceso de elaboración de la Declaración: la propia UNESCO contribuyó a alcanzar un consenso al proponer interrogarse sobre las «raíces filosóficas y culturales de la futura Declaración»⁽⁴⁾. El Director General en aquel momento, Julián HUXLEY, envió un cuestionario sobre los principios que sustentaría la futura Declaración de derechos humanos a 200 filósofos y pensadores y a los gobiernos de los Estados Miembros. En base a las respuestas recibidas, se preparó un informe que se transmitió a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁽⁵⁾, encargada de elaborar la Declaración. Gandhi, Benedetto Croce, Jacques Maritain, Aldous Huxley y el jesuita paleontólogo Pierre Teilhard de Chardin fueron algunos de los pensadores a los que se dirigió el cuestionario⁽⁶⁾.

(1) GROS SPIELL, H., «Universalidad de los derechos humanos y diversidades culturales», UNESCO, 1999. Disponible en <www.unesco.org>.

(2) Nos referimos a la Resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General, compuesta en el momento por 58 Estados. La Resolución se aprobó por 48 votos a favor. Ningún Estado votó en contra y se abstuvieron Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Sudafricana, URSS y Yugoslavia. Honduras y Yemen no participaron en la votación, por lo tanto sus votos no se contabilizaron. Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., *La Declaración Universal de Derechos Humanos, 50 años después*, Trotta, 1999, p. 49.

(3) VASAK, K., «L'UNESCO et la Guerre Froide sous l'angle des droits de l'homme», *paper* para la Conferencia *UNESCO and the Cold War*, University of Heidelberg, 4-5 de marzo de 2010, p. 2. Disponible en <<http://www.unesco.org/archives/new2010/doc/heidelberg/papers.html>>. Tengamos en cuenta que en aquel momento de inicio de la Guerra Fría los derechos humanos fueron utilizados por los dos bloques y entendidos en función de sus intereses, desvirtuando su propio concepto. El proceso de elaboración de la Declaración no fue una excepción en este sentido. En todo caso «se llegó finalmente a cierto consenso entre las ... posturas enfrentadas». Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., *op. cit.*, pp. 51 y 52.

La abstención de Arabia Saudita sí fue debida a diferencias específicamente culturales, concretamente este Estado no admitía la segunda cláusula del artículo 18 que señalaba que el derecho a la libertad de religión incluye el derecho a cambiar de religión, dado que el Corán prohíbe a los musulmanes dicho cambio. Vid. CERNA, M.C., «La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio culturales», *Serie: Estudios de Derechos Humanos, Tomo II*, IIDH, 1995, p. 386.

(4) VASAK, K., *doc. cit.*, p. 2.

(5) VALDERRAMA MARTÍNEZ F., *A History of UNESCO*, UNESCO, 1995, p. 38.

(6) VASAK, K., *doc. cit.*, p. 2.

Ello contribuye a descartar la idea de que la concepción de los derechos proclamados en la Declaración es exclusivamente occidental⁽⁷⁾, de que la pretensión de que la Declaración se aplique efectivamente a todos los seres humanos, pertenezcan a la cultura que sea, es una imposición de valores, que pueda encajar en la expresión imperialismo cultural, por mucho que haya que reconocer que algunas veces se le ha dado este uso.

Lejos de ello, la Declaración alude a la necesidad de una «concepción común» de los derechos humanos, necesaria además para garantizar su efectividad⁽⁸⁾. Los derechos humanos universales representan un difícil consenso al que consiguió llegar la Comunidad Internacional, no el imperialismo cultural de una región particular o de una tradición cultural concreta⁽⁹⁾.

Gracias al carácter normativo que ha adquirido la DUDH «la universalidad de los derechos humanos (...) pasó a ser un axioma generalmente aceptado». Sin embargo, es interesante fijarse en el hecho de que la Declaración habla de una concepción común pero no identifica su fundamento. «No llegó a afirmar, como lo harían textos posteriores, que la idea de la dignidad humana es el fundamento común de una concepción universal de los derechos humanos y sólo se refirió a la dignidad en el artículo 1, al afirmar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”». La Declaración reconoció implícitamente que esa concepción común es la que resulta del respeto de los derechos y deberes que ella proclama, [pero] «no entró —y no podía ni debía entrar— a la cuestión de las diversidades culturales en cuanto a su incidencia en el tema de los derechos humanos, de su naturaleza, contenido y límites»⁽¹⁰⁾. De esta forma el debate en torno al fundamento de los derechos humanos, y el consiguiente entre la universalidad de los derechos humanos y su compatibilidad con la diversidad cultural no han sido cerrados, de ahí que se siga discutiendo sobre el fundamento de estos derechos, tanto desde una visión positiva, para enriquecerlo, como en términos de relativismo cultural. En todo caso, lo más valioso de la Declaración es el consenso que recoge sobre la necesidad y la posibilidad de una concepción de los derechos humanos común a todas las culturas, y la consiguiente universalidad de éstos.

Hay que tener en cuenta que en la concepción de la Declaración el tema del relativismo cultural «no estaba plenamente planteado» primando en aquel momento la cuestión del «choque ideológico entre el Este y el Oeste» propio de la Guerra Fría⁽¹¹⁾. El relativismo

(7) Si bien como indica el profesor CARRILLO no se puede negar una impronta occidental en la Declaración. Así, CARRILLO señala que tanto el profesor Malik (del Líbano) como el doctor Chang (de China), quienes realizaron aportes del islamismo y del confucionismo, tenían una educación occidental, por lo que «el marco de referencia de la cultura europeo-occidental fue el predominante durante la elaboración de la Declaración Universal». Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., *op. cit.*, p. 49.

(8) En concreto señala en el Preámbulo que «los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y (...) que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso». Vid. GROS SPIELL, H., *op. cit.*

(9) AYTON-SHENKER, D., «The Challenge of Human Rights and Cultural Diversity», DPI/1627/HR. Documento de las Naciones Unidas, marzo 1995. Disponible en <<http://www.un.org/rights/dpi1627e.htm>>.

(10) GROS SPIELL, H., *op. cit.*

(11) CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 49.

III. DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

cultural «niega la posibilidad de todo elemento común y universal en la actual cultura humana —y [apareja]—, en consecuencia, la negación de la generalidad de los derechos humanos y de sus resultantes éticas, políticas y jurídicas»⁽¹²⁾.

No obstante, hubo algunos argumentos relativistas relevantes⁽¹³⁾ como el de la Asociación Antropológica Americana, cuyo «rechazo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos» fue representativo de las reacciones críticas de muchos antropólogos del momento hacia el concepto de los derechos humanos. Así, la declaración de Melville Herskovits «albergaba términos categóricos, que excluían la posibilidad de cualquier formulación universal tanto de “derechos” como del significado del adjetivo “humano”. El argumento era que, dado que muchas culturas carecen de un concepto explícito de derechos, o de una noción universal de humanidad común, que incluya a otras culturas o grupos étnicos en condiciones de igualdad, resultaba una violación de su integridad cultural y un acto de imperialismo cultural imponerles conceptos ajenos —occidentales— sobre la naturaleza humana universal o los derechos»⁽¹⁴⁾. Esta visión adolecía de limitaciones importantes: Entendía las culturas en un sentido cerrado, *esencialista* —cuando en realidad las culturas interaccionan unas con otras— además de que no servía para combatir las opresiones de las propias comunidades y la negación de derechos hacia sus propios miembros⁽¹⁵⁾. Afortunadamente ha habido una evolución en la antropología, y en la actualidad se reconoce, generalmente, que las culturas no son compartimentos estancos y que interaccionan entre sí; asimismo, se comparte el fundamento de fondo de los derechos humanos como instrumento de lucha contra la opresión, y su necesidad y utilidad.

II. LAS DEFICIENCIAS DE LOS ARGUMENTOS DEL RELATIVISMO CULTURAL

Con el relativismo cultural en la mano se señalan las diferencias culturales como un obstáculo que impide la universalidad de los derechos humanos, muchas veces de forma interesada, para amparar en ellas las violaciones sistemáticas de aquéllos. Hay que tener en cuenta que el relativismo cultural reenvía a preguntarnos por el «porqué» de los derechos humanos, por su fundamento, por lo que esto no es una mera cuestión filosófica sin implicaciones prácticas; al contrario, en algunos casos la efectividad de los derechos humanos se cercena en nombre del relativismo.

En relación con el argumento que sostiene que la DUDH es una imposición de Occidente, pues los Estados que surgieron tras el proceso descolonizador no pudieron participar en la concepción y votación de la DUDH, conviene recordar que, una vez que se formaron, los nuevos Estados participaron en la elaboración de los dos Pactos de Derechos Humanos

(12) Siguiendo los términos de GROS SPIELL, con los que define el relativismo más radical y absoluto. Vid. GROS SPIELL, H., *op. cit.*

(13) La propia abstención de Arabia Saudita encaja en esta perspectiva.

(14) TURNER, T., «La producción social de la diferencia humana como fundamento antropológico de los derechos humanos negativos», *Revista de Antropología Social*, 2010, n.º 19, p. 56.

(15) *Ibidem*, p. 58.

de las Naciones Unidas y en otras Convenciones de derechos humanos, que ratificaron de forma bastante general⁽¹⁶⁾. Tuvieron por tanto la posibilidad de hacer valer sus puntos de vista, sin manifestar el deseo de apartarse de los estándares mínimos impuestos en la Declaración⁽¹⁷⁾.

Es cierto que la propia concepción de los derechos humanos ha surgido en un contexto histórico determinado: el del tránsito a la Modernidad, que se ubica en el mundo occidental⁽¹⁸⁾. Sin embargo, «sería un error sostener que los derechos humanos son una idea exclusivamente occidental»⁽¹⁹⁾. Como señala Ángel CHUECA, la «europeidad de los derechos humanos» es un mito⁽²⁰⁾. Al igual que otras muchas áreas del Derecho Internacional, los derechos humanos son un «logro moderno, nuevo para todas las culturas», y constituyen el reflejo de los esfuerzos dinámicos y coordinados de la comunidad internacional para avanzar en la protección de la dignidad humana⁽²¹⁾.

Por otra parte, los derechos humanos ofrecen suficiente flexibilidad para favorecer el respeto de la diversidad cultural a través del establecimiento de estándares mínimos (bastante elevados) que dejan espacio para las especificidades propias de cada contexto cultural, y a través de la incorporación de los derechos culturales⁽²²⁾. Hay que tener en cuenta además que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite tener en cuenta las

(16) El número de Estados con el que se produjo la aprobación de los dos Pactos (de Derechos Civiles y Políticos, por un lado, y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, por otro) en 1966 fue bastante mayor que el que aprobó la DUDH, pues ya el número de miembros de la ONU llegaba al centenar. Vid. ERGEC, R., «Protection européenne et internationale des droits de l'homme», 2006, Bruylant, p. 35. En este sentido diríamos que había una representación cultural mayor. Destaca sin embargo, el hecho de que las diferencias ideológicas entre los bloques capitalista y comunista impidieron la aprobación de un único instrumento jurídico vinculante de derechos humanos. La aprobación de los Pactos pone de manifiesto la dificultad por parte de los Estados de diferentes filosofías o ideologías para ponerse de acuerdo a la hora de concretar los principios enunciados en la DUDH. ERGEC, R., *op. cit.*, p. 34.

(17) Vid. COHEN-JONATHAN, G., «Universalité et singularité des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (53/2003), p. 4. Gérard COHEN-JONATHAN continúa señalando que «en vérité, comme le remarquait le Président Mandela, si dans cette réglementation internationale relative aux droits de l'homme, les concepts portent parfois la marque de l'Occident, les principes de fond sont eux bien communs à l'ensemble des pays». *Ibidem*.

(18) Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General», Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. En concreto el capítulo V: «Los derechos fundamentales como concepto histórico», pp. 101-144.

(19) JAHANBEGLOO, R., «Derechos humanos y diálogo transcultural», *El País*, 13 de enero de 2010.

(20) CHUECA SANCHO, A., «Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 9, 2005, p. 59.

(21) AYTON-SHENKER, D., doc. cit. La traducción es nuestra.

(22) *Ibidem*; JAHANBEGLOO, R., doc. cit. Ya señalaba el primer director de la UNESCO, Julián HUXLEY, en el documento «Les droits de l'esprit», que la persona necesita para ejercitar los derechos humanos, ubicarse en una cultura determinada. Vid. UNESCO, «Les Droits de l'esprit. Six études sur les aspects culturels de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme», Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950, p. 3. Este documento tenía por objeto analizar científicamente los aspectos culturales de la DUDH. HUXLEY argumentaba que «nous ne pouvons plus, comme nos ancêtres de l'âge de la Raison, concevoir les droits de l'homme comme existant dans l'abstrait, et n'attendant que d'être déduits par l'esprit humain de principes essentiels, ou comme quelque chose de permanent et d'immuable, hors du temps et de l'espace». *Ibidem*, p. 7. En el mismo sentido, tal y como puso de manifiesto el profesor Marco BORGUI, en el coloquio celebrado en el Instituto de Ética y de Derechos Humanos de Friburgo en 1991, «se puede considerar que todos los derechos humanos necesitan ser interpretados en su dimensión cultural». Vid. BORGUI, M., «La protección de los derechos culturales desde los límites del modelo suizo hasta la formulación de una declaración

III. DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

particularidades culturales de cada región, a través de los diferentes instrumentos regionales de protección de los mismos⁽²³⁾.

Uno de los argumentos del relativismo cultural señala que las tradiciones culturales son suficientes para proteger la dignidad humana, por lo que los derechos humanos son innecesarios, además de intrusivos y perjudiciales, muchas veces, para el mantenimiento de dichas tradiciones (y por tanto para la protección de la dignidad). Las culturas tradicionales no son «elementos sustitutivos de los derechos humanos». En los casos en que la cultura otorga efectivamente tal protección de la dignidad, entonces los derechos humanos son por definición compatibles con dicha cultura, y el Estado en cuestión se encontraría perfectamente en disposición de aplicar los estándares internacionales⁽²⁴⁾.

Además, muchas veces prácticas tremendamente atentatorias contra los derechos humanos básicos tratan de ampararse en el carácter cultural de las mismas, el cual, en muchos casos no está probado⁽²⁵⁾. En el caso concreto de las prácticas defendidas por el fundamentalismo islámico, sucede a veces que, aun a pesar de que las violaciones son contestadas por la propia población afectada —en algunas ocasiones, en el propio nombre de la universalidad de los derechos humanos— desde Occidente se tiende a dar valor de verdad a las declaraciones de los líderes responsables de las violaciones que señalan el origen cultural o religioso de tales prácticas⁽²⁶⁾.

Partir ciegamente de la aceptación del relativismo cultural sin contrastar efectivamente sus argumentos con la realidad no tiene sentido y es desesperanzador. No ayuda a frenar las violaciones masivas de derechos humanos, muchas veces realizadas en nombre del mis-

universal». En Borgui, M. y otros, *Derechos Culturales*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, 1996, p. 18.

(23) El Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. En el contexto europeo también hay especificidades culturales respecto a la propia DUDH; éstas no son sólo exclusivas de las culturas árabes u orientales. Así, por ejemplo, destaca el caso *Johnston vs. Irlanda*, en el que la Corte Europea de Derechos Humanos, atendiendo a las «particularidades culturales» de la sociedad irlandesa del momento consideró que en el derecho a casarse contenido en el artículo 12 del Convenio Europeo de derechos humanos no se contenía el derecho a divorciarse y a volverse a casar, a diferencia del correlativo de la DUDH. Vid. CERNA, C., *op. cit.*, p. 391.

(24) AYTON-SHENKER, D., doc. cit. La traducción es nuestra.

(25) Así lo señala Leila REZK en relación con la mutilación genital femenina defendida como práctica cultural-religiosa por ciertos Estados árabes cuando señala: «Islam does, not, in any way, call for such practices». Vid. REZK, L., «Negotiating Diversity: The meaning of the Convention for the Arab World». OBULJEN, N. y SMIER, J., *UNESCO's Convention on the Protection and the Promotion of Diversity of Cultural Expressions: Making it Work*, Culturelink, 2006, p. 254. En relación con la misma idea, y en la misma línea, el profesor FERNÁNDEZ LIESA señala que «la concepción islámica de las relaciones internacionales tiene algunos aspectos que pueden afectar negativamente a la creación e interpretación del orden internacional, cuando se utiliza el Corán para interpretar el Derecho Internacional desde la posición de los *ulemas*, que elaboraron la Charía (derecho musulmán) ... El problema no es tanto la incompatibilidad estricta de unas u otras religiones, filosofías o culturas, con el orden internacional, cuanto la interpretación intolerante que de las mismas se hace por los doctores de la religión o por los Gobiernos». Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., «El derecho internacional de los derechos humanos en la sociedad internacional». En Guerra, A. y Tezanos Tortajada, J.F. (coord.), *La paz y el derecho internacional: III Encuentro de Salamanca*, 2005, p. 195.

(26) BENNOUNE, K., «Remembering the other's others: theorizing the approach of international law to muslim fundamentalism», *Columbia Human Rights Review*, vol. 41, n.º 3, 2009, pp. 663-665. Disponible en <http://www3.law.columbia.edu/hrlr/hrlr_journal/41.3/Bennoune.pdf>.

mo. El relativismo parte de una visión muy cerrada de las culturas como compartimentos estancos, olvidando que éstas no son estáticas⁽²⁷⁾, e interaccionan entre sí, y olvida que, si bien el concepto de derechos humanos en su origen es occidental, otras culturas han ido nutriendo su contenido, enriqueciéndolo, y lo pueden seguir haciendo. Los derechos humanos pueden bien identificarse con esos *cris de ralliement* con los que cualquier ser humano, perteneciente a cualquier cultura, reivindica una salida de la opresión⁽²⁸⁾.

III. LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DEL CUESTIONAMIENTO DE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CLAVE DE RELATIVISMO CULTURAL

Ahora bien, cuando tratamos de llevar los postulados teóricos, como este mismo enunciado de que los derechos humanos son un grito contra la opresión y por tanto tienen validez en cualquier contexto cultural, surgen problemas. Así, enunciados que fundamentan los derechos humanos, que en la teoría son valiosos y fácilmente comprensibles, fundados en su mayoría en la idea de dignidad humana, y en la noción de autonomía⁽²⁹⁾, que serían comunes a todas las culturas, y en cada una de las cuales se proyectarían con sus particularidades propias, y que permiten sostener en el plano teórico la compatibilidad entre derechos humanos y diversidad cultural, resultan ciertamente difíciles de llevar a la práctica⁽³⁰⁾. ¿Cómo se concilia en ese terreno el respeto de las particularidades culturales con la universalidad de los derechos humanos?

Este problema quedó patente en el curso de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos en 1993 y en las reuniones preparatorias previas a ella. Los países asiáticos eran los que más preocupaban en este sentido⁽³¹⁾. El concepto de los «valores asiáticos», origi-

(27) CANÇADO TRINDADE, J.A., «El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal». En Valladares, G.P. (comp.), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos, n.º 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003 CICR ref. T2003.49/0003, p. 80.

(28) Vid. COHEN-JONATHAN, G., p. 5.

(29) En este sentido, Diego BLÁZQUEZ y Daniel OLIVA señalan que «la idea de dignidad humana es igualmente revolucionaria en todas las culturas porque supone la libre creación de la personalidad del individuo que puede, o no, asumir los elementos de esta cultura». Vid. OLIVA MARTÍNEZ, D. y BLÁZQUEZ MARTÍN, D., *op. cit.*, p. 51. Es en este mismo sentido que Julián HUXLEY hablaba de los derechos humanos como un mecanismo destinado a proteger al ser humano de la explotación y de la coacción. Vid. UNESCO, «Les Droits de l'esprit», *op. cit.*, p. 9. Daba por tanto el director de la UNESCO un concepto de derechos humanos *amplio* en el que podían tener cabida distintas concretizaciones, según las diferentes culturas, de los modos de defender al ser humano de la explotación y de la coacción.

(30) Podríamos decir, no sin razón, que «en su consideración fáctica la autonomía individual es un espejismo». ARA PINILLA, I., «El impacto jurídico de la diversidad cultural», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 49, 2003. El autor señala que «en la medida en que supone una formación libre de la voluntad y ésta se encuentra condicionada por el contexto social. (...) la realización plena de la autonomía individual resulta (y siempre resultará) inalcanzable», p. 281. Sin llegar a ese punto, Diego BLÁZQUEZ y Daniel OLIVA reconocen que «también es cierto que a la hora de determinar la personalidad individual y su proceso de formación la cultura social de la que parte es un hecho importante a tener en cuenta». OLIVA MARTÍNEZ, D. y BLÁZQUEZ MARTÍN, D., *op. cit.*, p. 51.

(31) Los Estados insurgentes argumentaban que los principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos recogían exclusivamente valores occidentales. Se quejaban de que Occidente se estaba entrometiendo

III. DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

nado en los años 80 en Singapur a partir de la reflexión de Lee Kwan Yew y sus ministros sobre la identidad de su Estado y los medios de reforzarla es paradigmático de la teoría del relativismo cultural⁽³²⁾. El discurso de los valores asiáticos parte de tres principales premisas: «La necesidad de conservar las tradiciones culturales distintivas, a veces incluso opuestas a las propias de la “decadencia” occidental»⁽³³⁾; la dependencia de los derechos civiles y políticos de la realización de un cierto grado de desarrollo social, y la prioridad de los derechos económicos, sociales y culturales sobre los civiles y políticos; y el rol indispensable del Estado, sin cuyo poder autoritario se hundirían las fuerzas religiosas, étnicas, raciales y culturales. La integridad nacional, necesaria para el bienestar de todos los ciudadanos, compele a los gobiernos a emplear medios autoritarios⁽³⁴⁾.

La reunión preparatoria para el continente asiático puso en aviso sobre cuál iba a ser uno de los debates más centrales y polémicos de la Conferencia: la puesta en cuestión «de la universalidad de los derechos humanos, basada en la necesidad de respetar las tradiciones culturales»⁽³⁵⁾. La Declaración de Bangkok (surgida de esta reunión preparatoria) contenía un polémico párrafo en el que señalaba que los Estados asiáticos reconocen que «si bien los derechos humanos son de carácter universal, deben considerarse en el contexto de un proceso dinámico y evolutivo de fijación de normas internacionales, teniendo presente la importancia de las particularidades nacionales y regionales y los diversos antecedentes históricos, culturales y religiosos». ¿Cómo entender en la práctica la toma en cuenta de dichas particularidades?⁽³⁶⁾. ¿Significa que cualquier definición de derechos humanos debe tomarlas en cuenta?

La Declaración de Viena ofrece explícitamente una consideración de la cultura en la protección y promoción de los derechos humanos al señalar que «debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos», aunque continúa señalado «pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales»⁽³⁷⁾.

en sus asuntos internos al imponerles su propia definición de los derechos humanos, lo cual «obstaculiza su comercio y reduce su competitividad». En definitiva, debido a sus peculiaridades culturales, no deberían ser obligados a observar las mismas normas. Los países que defendían esta posición eran en el momento China, Colombia, Cuba, Indonesia, Irán, Irak, Libia, Malasia, México, Myanmar, Pakistán, Singapur, Siria, Vietnam, y Yemen. Como fue señalado en el momento, «la administración Clinton y el grupo conformado por los Estados Occidentales en general estaban preocupados ante la posibilidad de una erosión del concepto de la universalidad de los derechos humanos» derivada de la toma en cuenta de las particularidades culturales. Se temía que esto fuese una «cortina de humo para permitir que los gobiernos autoritarios siguiesen cometiendo abusos», CERNA, M. C., *op. cit.*, pp. 377 y 378.

(32) LINDA TINIO, M., «La protection internationale des droits de l'homme en Asie», *Cours fondamentaux*, Institut International des Droits de l'Homme, Estrasburgo, julio de 2006, p. 101.

(33) *Ibidem*, p. 102. La traducción es nuestra.

(34) *Ibidem*.

(35) SALVIOLI, F., «La Conferencia de Viena de las Naciones Unidas: esperanzas y frustraciones en materia de derechos humanos». En *Direitos Humanos, a promessa do século XXI*, ed. Universidade Portucalense, Oporto, 1996, p. 25.

(36) CERNA, C., *op. cit.*, pp. 382 y 383.

(37) Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993. Disponible en <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)>.

De esta manera, siguiendo a Diana AYTON SHENKER, a la vez que se reconoce el factor cultural, se afirma que de ninguna forma éste exime a los Estados del cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos⁽³⁸⁾. De esta manera se reafirma el límite de los derechos humanos a las prácticas culturales atentatorias de éstos.

Como señala Fabián SALVIOLI analizando los resultados de la Conferencia, «la llamada diversidad cultural fue una forma de presión utilizada por los países islámicos, los cuales condicionaron la firma del documento final (que postula la universalidad de los derechos humanos) a la adopción por parte de la Conferencia de una resolución sobre la situación de Bosnia; lo cual ha sido logrado»⁽³⁹⁾. La realidad de los derechos humanos en estos países en relación con la universalidad pone de manifiesto la escasa utilidad práctica de la adhesión a una declaración cuando falta voluntad real de cumplir con los principios establecidos en ella, como muestran las numerosas reservas de ese grupo de países a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, por poner el ejemplo más destacado. «En caso de algunos otros Estados, como China e Indonesia, la diversidad cultural fue la excusa con la que se pretendió desvirtuar las atrocidades de sus regímenes contra disidentes»⁽⁴⁰⁾. Recordemos que Asia es la única región que no cuenta en la actualidad con un instrumento regional de derechos humanos⁽⁴¹⁾.

Podrían justificarse así las palabras de Michael FREEMAN cuando señala que la Conferencia de Viena no resolvió el problema de la relación entre la universalidad de los derechos humanos y la legitimidad de las concepciones particulares desde el punto de vista cultural de los derechos humanos, aunque es cierto que generó un consenso universal (al vincular la declaración final a los Estados que todavía estaban bajo la colonización cuando se firmó la DUDH) sobre la universalidad e interdependencia de los mismos⁽⁴²⁾, con independencia de la tradición cultural a la que pertenezcan.

Ciertamente, queda mucho en el camino de lograr la universalización real de todos los derechos reconocidos en la DUDH, pues no todas sus disposiciones tienen una aceptación universal. La ratificación por los Estados de los tratados de derechos humanos da una idea de qué derechos cuentan con aceptación general, y por tanto de su carácter

(38) AYTON-SHENKER, D., doc. cit.

(39) SALVIOLI, F., *op. cit.*, p. 31.

(40) Aquí cobra especial relevancia la declaración emitida por las ONGS de esta región, a favor de la universalidad de los derechos humanos. *Ibidem*, p. 32.

(41) LINDA TINIO, M., *op. cit.*, p. 100. En relación con China, la concesión del Nobel de la Paz en 2010 al activista político Lui Xiaobo y las reacciones del gobierno pusieron de manifiesto todo lo que queda por andar para que este Estado admita la fuerza legal de los normas internacionales de derechos humanos, por encima de su soberanía. Vid. JAGLAND, J., «Why we gave Lui Xiaobo a Nobel», *The New York Times*. Disponible en <<http://www.nytimes.com/2010/10/23/opinion/23Jagland.html>>.

China todavía «integra el concepto [de derechos humanos] en el contexto socioeconómico del país». Pero esta forma de entender los derechos humanos, que choca de lleno con la universalidad, no puede justificar las violaciones sistemáticas de este Estado en la materia.

Vid. RÍOS, X., «Balance y expectativas de los derechos humanos en China», pp. 10 y 11. Disponible en <http://www.politicachina.org/imxd/noticias/doc/1299598256Balance_y_expectativas_sobre_los_derechos_humanos_en_China.pdf>.

(42) SMIERS, J., «Cultural Human Rights». En Obuljen, N. y Smiers, J., *UNESCO's Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions...*, *op. cit.*, pp. 351 y 352.

III. DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

universal⁽⁴³⁾. La aceptación universal de los derechos humanos sólo puede predicarse de algunos, los que forman el núcleo inderogable de derechos humanos, pero sin embargo, como manifiesta CANÇADO TRINDADE, es positivo destacar el hecho de que «la diversidad cultural jamás obstaculizó la formación de [dicho] núcleo universal de derechos fundamentales inderogables»⁽⁴⁴⁾. En ese «núcleo o estándar mínimo e inderogable de derechos humanos fundamentales» se encontrarían el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser torturado, el derecho a no ser sometido a esclavitud, la prohibición de la discriminación racial y el derecho a un debido proceso⁽⁴⁵⁾.

Se ha señalado, con razón, que el reto de la universalización de los derechos humanos atañe a los «derechos privados», es decir, a aquellas facultades que han estado tradicionalmente reguladas por el derecho religioso, y que en algunos países aún siguen estándolo, y que se corresponden con actividades que pertenecen a la esfera privada de las personas (la condición de la mujer, el derecho a casarse, divorciarse y volverse a casar, etc.)⁽⁴⁶⁾.

IV. APORTACIONES DE LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO PARA LA DIVERSIDAD CULTURAL

El 20 de octubre de 2005 se aprobó en la UNESCO la *Convención para la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales*, un instrumento internacional que busca equilibrar *culturalmente* el comercio internacional de productos culturales, de modo que todas las diversas expresiones culturales existentes a nivel mundial tengan, equitativamente, la oportunidad de darse a conocer a través de estos productos, que constituyen en la actualidad una de las principales manifestaciones culturales. La Convención constituye una llamada a los Estados para que ejerzan su *soberanía cultural* a favor de sus expresiones culturales, sobre todo en relación con las tendencias liberalizadoras en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que traen aparejadas que en no pocas ocasiones los Estados tomen decisiones comerciales en este foro que mermen sus capacidades de actuar sobre sus políticas culturales a favor de sus expresiones culturales propias, por ejemplo, al firmar acuerdos que les obligan a abrir su sector audiovisual a productos extranjeros impidiéndoles fijar cuotas para sus propios productos cuando éstas son necesarias para garantizar una mínima subsistencia y desarrollo de las expresiones culturales propias⁽⁴⁷⁾.

Se trataba de contar con un instrumento que los Estados tuviesen en cuenta en el foro de la OMC, para que las decisiones tomadas en dicha Organización tuviesen en cuenta el

(43) CERNA, C., *op. cit.*, p. 387.

(44) CANÇADO TRINDADE, J.A., *op. cit.*, p. 81.

(45) MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho Internacional», Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, 1999, vol. III, p. 337.

(46) CERNA, C., *op. cit.*, pp. 386 y 387.

(47) Sólo dos Estados votaron en contra: Estados Unidos e Israel. El primero de ellos mostró una actitud de persistente oposición a la vocación última del texto, tanto en la UNESCO como en otros foros. De los cuatro Estados que se abstuvieron —Liberia, Honduras, Australia y Nicaragua— los tres últimos han ratificado ya el texto. *Vid.* <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha>>.

El texto de la Convención está disponible en <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf>>.

interés de la diversidad cultural. El campo de aplicación de esta Convención es la producción y el comercio internacional de productos culturales. ¿Cuál es, entonces, la relación de esta Convención sobre diversidad cultural (CDC) con el tema de los derechos humanos y de la cuestión de su universalidad? Se trataría de comprobar que, efectivamente, en el ejercicio de las políticas culturales de los Estados amparadas por la Convención aquéllos no pueden vulnerar los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional, ya que algunas veces se confunden las necesidades de una necesaria protección y promoción de la diversidad cultural con un injustificado relativismo cultural. La Convención asegura esta garantía de los derechos humanos expresamente, haciendo especialmente referencia a algunos derechos en concreto. Es pertinente también analizar el concepto de «libertad cultural» que inspira el texto de la Convención, pues favorece que la promoción de la diversidad cultural avance de la mano de la universalización de los derechos humanos pertenecientes a la esfera privada, y no a su costa, así como la concepción de la cultura que maneja la Convención (concepción antropológica) y el establecimiento del principio de interculturalidad, que permiten enriquecer culturalmente el concepto de derechos humanos, cuestión básica en la actualidad para combatir fundamentalismos.

1. El reconocimiento de que la diversidad cultural necesita de la libertad de expresión, información y comunicación

A lo largo de todo el proceso de elaboración de la Convención en la UNESCO (desde el otoño de 2003) Estados Unidos se había opuesto persistentemente a la Convención señalando el texto como contrario a la libertad de expresión y a la libertad de información. Se incorporaba en este momento a la Organización, tras haberla abandonado en los años 80 por diferencias en la forma de entender el tratamiento de los flujos de información⁽⁴⁸⁾, diferencias que parecían volver a surgir.

La Convención es muy clara en este sentido al señalar en el primero de los principios enumerados en el artículo 2 con una claridad extrema que «sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades como la libertad de expresión, información y comunicación». Sorprendían por tanto las declaraciones de Louise Oliver, entonces embajadora de los Estados Unidos ante la UNESCO, en el momento de aprobarse la Convención, calificando el texto como «un documento erróneo, ambiguo y proteccionista» y advirtiendo que podía interpretarse como un atentado contra la libertad de expresión⁽⁴⁹⁾.

2. El respeto a la «libertad cultural» como herramienta para confirmar que la diversidad cultural no va en contra del proceso de universalización de los derechos humanos

El artículo 2 señala también que «sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantiza la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales».

(48) Vid. MATTELART, A., *Diversité culturelle et mondialisation*, La Découverte, Paris, 2005, p. 56.

(49) WILLIAMS, F., «US isolated over cultural diversity», October 2005, *Financial Times*.

Disponible en <http://www.ft.com/cms/s/0/09155628-40c9-11da-b3f9-00000e2511c8.html?ncklick_check=1>.

III. DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se está aludiendo al concepto de «libertad cultural» al que se refirió el informe de las Naciones Unidas de 2004 sobre desarrollo humano. Era la primera ocasión que aquél se consagraba plenamente a los aspectos culturales del desarrollo. El Informe de ese año se tituló «La libertad cultural en el mundo diverso de hoy»⁽⁵⁰⁾ y señalaba la necesidad de «proteger las libertades culturales y ampliar el abanico de alternativas con que cuenta la gente —en términos de cómo vive y cómo se identifica— y no de sancionarla por optar por esas alternativas»⁽⁵¹⁾.

El concepto de libertad cultural añade por tanto un matiz al propio concepto de diversidad cultural pues insiste en el espíritu de libre elección del individuo de su propia cultura⁽⁵²⁾. Ya la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural de 2001 (DUDC), que dio a luz el concepto de diversidad cultural dotándolo de una legitimidad política que luego se confirmaría desde el punto de vista jurídico a través de la Convención, y que se proclamó en un contexto muy particular, el posterior a los atentados del 11 de septiembre⁽⁵³⁾, aludía a esta idea al referirse a los derechos culturales, proyectándose como una respuesta a los fundamentalismos religiosos y culturales. En su artículo 5 parafrasea ciertos derechos culturales presentes en la DUDH y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resulta llamativa la introducción de términos que inciden en el concepto de «libertad cultural» como «toda persona debe, así, poder expresarse y difundir sus obras en la lengua *que desee*», «... toda persona debe poder participar en la vida cultural *que elija*...», términos, los señalados en cursiva, que no estaban presentes en las disposiciones relativas a los derechos culturales de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto, y que comulgan, a nuestro entender, con la estrategia propuesta por el informe del PNUD de 2004.

La Convención, que no es un texto de derechos culturales⁽⁵⁴⁾, pero que desde luego contribuirá a la eficacia de los mismos, al ser en la actualidad los productos culturales uno de los medios principales de transmisión de las expresiones culturales, y a través de los

(50) Con el fin de superar la visión puramente economicista del desarrollo, las Naciones Unidas en el marco de su «Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo» (PNUD) habían elaborado el concepto de desarrollo humano a partir de 1990 (El desarrollo era entendido, por este programa, como un aumento de las opciones del individuo). Éste se mediría a partir de entonces por medio de una serie de parámetros, como las libertades políticas, económicas y sociales, las posibilidades de gozar de buena salud, de ser instruido y de ser creativo. La cultura estaba implícitamente recogida en esta noción, pero no se nombraba. PÉREZ DE CUÉLLAR, J., «Prólogo del Presidente». En UNESCO, *Nuestra Diversidad Creativa. Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo*, 1996, p. 7.

(51) PNUD. Informe sobre desarrollo Humano. «La libertad cultural en el mundo diverso de hoy», 2004, capítulo 5, p. 4.

(52) RUIZ-FABRI, H., «Le Rapport du PNUD sur la liberté culturelle: les mots et les conceptions. Note établie pour le compte de l'Agence intergouvernementale de la Francophonie». Disponible en <http://www.francophonie.org/IMG/pdf/Rapport_du_PNUD_liberte_cult_-_mots_conceptions.pdf>.

(53) UNESCO, «Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle», *Commentaires et propositions*, Série Diversité culturelle, n.º 2, UNESCO, Paris, 2003, p. 3. El texto de la Declaración está disponible en <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

(54) Esta interesante cuestión excede los propósitos de este artículo. Baste señalar a sus efectos que la Convención no ha querido ser un texto de derechos culturales, como lo demuestra la exclusión por parte de la Conferencia General de la opción que se refería a los derechos culturales entre los posibles campos de aplicación recogidos en el estudio preliminar realizado por el Director General de la UNESCO en el que se contenían cuatro posibles campos de aplicación del futuro texto, y la elección del relativo a las expresiones culturales que se canalizan a través de los

cuales dichos derechos se ejercen, no se refiere apenas a ellos⁽⁵⁵⁾, pero sí recoge la idea de la libertad cultural con lo indicado, como señalamos, en el artículo 2.

En la misma línea un grupo de expertos de derechos humanos de las Naciones Unidas señaló recientemente que «los derechos culturales incluyen el derecho a cuestionar los parámetros existentes en torno a la “cultura”, el derecho a adoptar o abandonar determinadas comunidades culturales y a crear continuamente nueva cultura»⁽⁵⁶⁾.

De esta forma con este concepto de «libertad cultural», que aúna derechos culturales y libertad, se impide que se entienda que la diversidad cultural amparada por la Convención pueda ir en ningún caso en contra de la universalización de los «derechos privados» (por ejemplo, en contra del derecho a abandonar una religión) que como antes apuntamos constituyen el terreno del mayor desafío de la universalización.

3. La exclusión expresa por parte de la Convención del relativismo cultural en la aplicación e interpretación de los derechos humanos garantizados por el Derecho Internacional

La Convención, al igual que la Declaración Universal de Diversidad Cultural⁽⁵⁷⁾, deja claro que «nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación»⁽⁵⁸⁾. Se basa por tanto en el respeto absoluto de la universalidad⁽⁵⁹⁾ de los derechos humanos, y en ella encuentra precisamente una fuente de legitimidad como se señala en varias ocasiones. La propia Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural afirmaba en su artículo 4 que «la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana». Reco-

productos culturales. *Vid.* Documento 166 EX/28, de 12 de marzo de 2003. Disponible en <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129718S.pdf>> y la Resolución 32C/34 de 17 de octubre de 2003.

(55) La expresión «derechos culturales» sólo figura en la Convención en el último inciso del Preámbulo, como materia, junto a la diversidad cultural, sobre la que versan los instrumentos internacionales que los Estados tienen en cuenta. Los derechos culturales no son abordados expresa y directamente, en su faceta de derechos subjetivos, de derechos humanos. Como señala John MORIJN en el texto de la Convención prima un enfoque de políticas culturales sobre el enfoque de derechos. *Vid.* MORIJN, J., «The place of cultural rights in the WTO System», FRACIONI, F. y SCHEININ, M., *Cultural Humans Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 303.

(56) «Los derechos humanos son herramientas esenciales para un diálogo intercultural efectivo». Declaración de un grupo de expertos de las Naciones Unidas sobre el Día Mundial de la Diversidad Cultural para el Diálogo y el Desarrollo, 21 de mayo de 2010, p. 1. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/cultural_rights/docs/statements/Statement_cultural_diversity21052010_sp.pdf>.

(57) Que señala en su artículo 4 que «nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance».

(58) Es el primer principio establecido en el artículo 2.

(59) El artículo 5, que establece la norma general relativa a los derechos y las obligaciones señala en su apartado 1 que «las Partes, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los principios del derecho internacional y los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos, reafirman su derecho soberano a formular y aplicar sus políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, así como a reforzar la cooperación internacional para lograr los objetivos de la presente Convención».

III. DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

noce el respeto de dicha universalidad como precondition para que la diversidad pueda prosperar pero también se basa en el concepto de universalidad para aplicarlo a la propia pretensión⁽⁶⁰⁾. En esta línea destaca la consideración de la diversidad cultural como Patrimonio Común de la Humanidad⁽⁶¹⁾, idea que, como señala GROS SPIELL, «lleva en sí, necesariamente, el concepto de universalidad»⁽⁶²⁾. Las reivindicaciones de la diversidad cultural encontrarían así una equiparación en legitimidad con las propias de los derechos humanos, que forman parte también de esta categoría. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, tal concepción de la diversidad nos remite y lleva a la reflexión sobre la consideración de aquélla como un *bien colectivo*⁽⁶³⁾.

Por tanto no sólo la Convención de diversidad cultural parte de la necesaria universalidad de los derechos humanos para la defensa de la diversidad cultural, sino que funda ésta también en una pretensión universal, para lo que se basa en un aspiración de equiparación, en la propia legitimidad de la universalidad de los derechos humanos, lo que a su vez reafirma el respeto de ésta.

En todo caso, y en una diferencia con la DUDC, el vínculo general entre derechos humanos y diversidad cultural que se establecía en aquélla, no está presente en la Convención,

(60) Tomemos nota en este sentido de las palabras del entonces Director General de la UNESCO Kochiro Matsuura al presentar la DUDC: «cette Déclaration, qui oppose aux enfermements fondamentalistes la perspective d'un monde plus ouvert, plus créatif et plus démocratique, compte désormais parmi les textes fondateurs d'une nouvelle éthique promue par l'UNESCO au début du XXI siècle. Je souhaite qu'elle puisse revêtir un jour la même force que la Déclaration universelle des droits de l'homme». Vid. UNESCO, «Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle...», *op. cit.*, p. 3.

(61) «La diversidad cultural constituye un patrimonio común de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos». Así lo enuncia la Convención en su preámbulo.

(62) GROS SPIELL, H., *op. cit.*

(63) Que, de la misma manera que los derechos humanos, exigiría la existencia de una obligación de carácter *erga omnes* que permitiría que su cumplimiento fuese exigido por cualquier Estado, al afectar su violación a toda la Comunidad Internacional en su conjunto. La *presencia jurídica* de esta comunidad internacional estaría probada precisamente por la existencia de, entre otros elementos, obligaciones de dicha naturaleza. Vid. DÍAZ BARRADO, C., *El Derecho Internacional del Tiempo Presente*, Dykinson, 2004, pp. 128 y 130. En todo caso, no puede afirmarse todavía que la obligación de los Estados de proteger y promover la diversidad cultural tenga un carácter *erga omnes* debido principalmente a que los mecanismos de cumplimiento de dichas obligaciones establecidos por la Convención no reflejan dicho carácter. Sí, sin embargo, puede afirmarse que se están dando pasos importantes en su construcción como tal.

La DUDC señalaba que «la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras».

La justificación de dicha consideración de la diversidad cultural como Patrimonio Común de la Humanidad se basa «en el principio de solidaridad y de dignidad humana, donde el factor clave es la sobrevivencia de la humanidad». «Los Estados pasan a segundo plano, y el rol protagónico reside, además, en las futuras generaciones». La diversidad cultural entra en esta consideración de Patrimonio Común de la Humanidad de la misma manera que lo hicieron los derechos humanos, interpelando la «fuerza ética de que subyace en la misma». Vid. ZARAGOZA HUERTA, J. y AGUILAR CAVALLLO, G., «El desafío de la diversidad cultural como patrimonio de la humanidad», *Letras jurídicas: Revista electrónica de Derecho*, n.º 5, 2007 pp. 22 y 23. Disponible en <<http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos5/Articulo%20Patrimonio%20Comun%20Humanidad.doc>>.

ganando en claridad su postura en relación con prácticas que puedan resultar incompatibles con los derechos humanos, pues junto al antropólogo Stéphane VIBERT resaltamos que «il y aurait à s'interroger quant aux énoncés éthicophilosophiques des institutions internationales proclamant sans ambages la compatibilité, et plus encore l'indissociabilité, entre "diversité culturelle" et "droits fondamentaux"»⁽⁶⁴⁾. Podría entenderse así que el enunciado de la Declaración indicando que la diversidad cultural es inseparable del respeto de la dignidad de la persona, no está presente en la Convención, de la misma manera que ésta no ha incluido algunas otras nociones presentes en la Declaración, y que a nivel conceptual enriquecían el concepto de diversidad cultural, pero que podían plantear problemas en un instrumento de *hard law*⁽⁶⁵⁾.

La Convención establece de una manera muy clara el límite de la diversidad cultural: el respeto de los derechos humanos garantizados por las normas internacionales. Con el establecimiento de este límite normativo concreto, en forma de principio (es el principio número 1 del artículo 2 de la CDC, como apuntamos) se viene a zanjar la cuestión relativa a la compatibilidad entre derechos humanos y la diversidad cultural. Para constatar hasta dónde pueden llegar las manifestaciones culturales con fundamento en la CDC basta hacer un test de compatibilidad de éstas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La limitación de los derechos humanos en razón de una posible interpretación de la Convención en clave de relativismo cultural está pues claramente descartada.

Así lo confirma la declaración del grupo de expertos de las Naciones Unidas antes referida siendo todavía más clara que la Convención en relación con la propia cuestión de la universalidad de los derechos humanos: «la diversidad cultural sólo puede desarrollarse en un entorno que proteja las libertades fundamentales y los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes. No se puede invocar la diversidad cultural como pretexto para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional o limitar su alcance, *ni para respaldar la segregación y prácticas tradicionales perjudiciales que, en nombre de la cultura, santifican las diferencias contrarias a la universalidad*, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos»⁽⁶⁶⁾.

(64) VIBERT, S., «Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle?», MOUVEMENTS, n.º 37, enero-febrero de 2005, p. 16.

(65) Así, la doctrina no comparte del todo la oportunidad del paralelismo entre diversidad cultural y diversidad biológica efectuado, como vimos, en el artículo 1 de la DUDC entre ésta y la diversidad biológica. Para F. BERNARD la confusión de los destinos de la biodiversidad y de la diversidad cultural no es beneficiosa para que el concepto «diversidad cultural» adquiera «valor filosófico o jurídico». Hacer que la diversidad cultural pueda ser «natural», reforzarla «naturalizándola», tiene como consecuencia para este autor negar la especificidad propia de la cultura, la diversidad cultural es tal «en la lucha de las formas culturales contra la naturaleza y entre ellas mismas». Para este autor, tener clara esta idea es necesario para evitar la confusión entre lo «multicultural» y lo «intercultural». Lo multicultural se sitúa en el mismo orden que la biodiversidad, está en el terreno del «hay», mientras que lo intercultural responde a un intercambio de la cultura con la naturaleza y de las culturas entre sí. BERNARD, F., op. cit., pp. 24 y 25. La traducción es nuestra. En el mismo sentido, RUIZ-FABRI, señala que «le parallèle fait entre biodiversité et diversité culturelle est disparu du texte de la Convention. Ce parallèle accréditait une conception conservatrice de la protection de la diversité, à l'encontre de l'idée que la diversité culturelle se renouvelle en permanence». Vid. RUIZ-FABRI, H., «Jeux de la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles», RGDIP, 2007, p. 55.

(66) «Los derechos humanos son herramientas esenciales para un diálogo intercultural efectivo», doc. cit., p. 1. La cursiva es nuestra.

4. La concepción antropológica de la cultura y el principio de interculturalidad como elementos facilitadores del enriquecimiento del fundamento de los derechos humanos

La CDC maneja la concepción amplia, antropológica de la cultura, entendida como fuente de identidad, de sentido, tal y como se recoge en la Declaración de México surgida de la «Conferencia Mundial sobre políticas culturales» en 1982. Hasta ese momento había estado referida exclusivamente a las bellas artes y al patrimonio, y pasa a abarcar entonces una nueva dimensión, cuya plasmación paradigmática se encuentra recogida en dicha Declaración⁽⁶⁷⁾ al señalar que «en su sentido más amplio, la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, *los derechos fundamentales al ser humano*, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias»⁽⁶⁸⁾. La cultura desempeña, así entendida, una *función*⁽⁶⁹⁾ 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⁽⁷⁰⁾. Los diversos modos o estilos de vida tienen entonces un rol fundamental, que merece ser observado desde un prisma más elevado y no ya desde *la curiosidad o admiración hacia lo exótico*.

La CDC utiliza este concepto de cultura entendida en sentido amplio, como fuente de identidades, que pueden transmitirse a través de los productos culturales⁽⁷¹⁾. De hecho la utilización de esta concepción antropológica constituye el fundamento último del texto. Si las industrias culturales, y los bienes y servicios que de ellas derivan pueden ser protegidos y promovidos a través de la Convención es en razón de su función de catalizadores de identidades⁽⁷²⁾. Si la concepción de la diversidad cultural de la Convención se basa en

Así, los temores que el editorial del periódico *El País* señaló en el momento de firmarse la Convención en el sentido de que «sería lamentable, por ejemplo, que alguien pudiera entender que la ablación del clítoris, un caso, pudiera buscar refugio y legitimación en la diversidad cultural» no estarían jurídicamente fundamentados. Vid. «Kioto cultural», *El País*, 22 de octubre de 2005.

Disponible en

<http://www.elpais.com/articulo/opinion/Kioto/cultural/elpepiopi/20051022elpepiopi_3/Tes>.

(67) STENOUE, K., «L'UNESCO et la question de la diversité culturelle: bilan et stratégies, 1946-2004», UNESCO, Paris, septembre, 2004, p. 3.

(68) Declaración de México sobre políticas culturales, MONDIALCULT. La cursiva es nuestra. Disponible en <http://portal.unesco.org/culture/es/files/12762/11295424031mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf>.

(69) Jean Tardif se refiere en este sentido a la «función social» de la cultura. TARDIF, J. y FARCHY, J., «Les enjeux de la mondialisation culturelle», Éditions Hors Commerce, Paris, 2006, p. 34.

(70) Este rol elevado se plasma en la declaración de México al señalar que «la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obra lo que lo trascienden».

(71) Así lo señala Heritiana Ranaivoson. Vid. RANAIVOSON, H., «La diversité culturelle, futur objet d'accord ou belle utopie?», Forum PlanetAgora, 15/04/2005. En <www.planetagora.org>.

(72) La concepción antropológica de la cultura en el texto de la Convención es evidente. Contémpense los términos en que están enunciadas las definiciones del artículo 4 como la de «diversidad cultural» que se refiere «a la

la concepción antropológica o amplia de la cultura, y ésta abarca los derechos humanos, como establece la declaración de México, entonces la promoción de la diversidad cultural a que obliga la Convención comprenderá también la obligación de esforzarse para que el concepto y el fundamento de los derechos humanos se enriquezca culturalmente, sean diversos desde el punto de vista cultural. Ello claro está, sin caer en el relativismo, que queda excluido, como se deduce de lo explicado en los epígrafes anteriores.

Ello se reafirma con el establecimiento por parte de la Convención del principio de «interculturalidad» que define como «la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo»⁽⁷³⁾. En esta creencia optimista en la posibilidad de crear elementos comunes desde el respeto, reside el fundamento, como vimos al principio de este trabajo, de la universalidad de los Derechos Humanos reconocida en la propia DUDH.

V. PERSPECTIVAS

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Final de la Conferencia de Viena establecen la universalidad de aquéllos con independencia de las diferencias culturales; sin embargo, tales declaraciones no han impedido que su universalidad sea puesta en cuestión bajo una óptica cultural, incluso por Estados que tienen obligaciones de respetarla en virtud de normas concretas de Derecho Internacional. Ello demuestra que la cuestión del concepto y del fundamento de los derechos humanos no es una cuestión baladí, meramente teórica, sino que afecta a la propia efectividad de los derechos humanos.

La Convención de la UNESCO para la protección y la promoción de la diversidad cultural reafirma el respeto de los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional y, a su vez, reconoce la necesidad de generar expresiones culturales compartidas a partir de la interculturalidad, lo que, aplicado al terreno de los derechos humanos, colaboraría a la valoración de las diversidades, «excluyendo la idea, [tal y como señaló Héctor GROS SPIELL] de que sólo hay una concepción admisible de los derechos humanos: la que existe en la cultura occidental». «Por eso, con humildad y respeto, hay que trabajar para conciliar y avanzar, en base de la dignidad de todos los seres humanos en todas las naciones y en todas las culturas». Continuaba señalando quien fue presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que «para avanzar en el deseable objetivo de la aceptación general de la universalidad (...) es preciso partir de una base realista, sin recluirse en un juridicismo teórico de raíz filosófica o religiosa y de carácter dogmático y apriorístico (...) Hay que demostrar, con hechos, que las diversidades culturales pueden enriquecerse y dar verdadero

multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades». Continúa señalando que «estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades». La definición de «contenido cultural» indica que «se refiere al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales o las expresan». La DUDC contiene una referencia expresa a la definición de la Declaración de México, ausente, sin embargo, en la Convención.

(73) En el artículo 4.

III. DIVERSIDAD CULTURAL Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

sentido a la universalidad (...) Y hay que actuar para probar que, teórica y prácticamente, una concepción común de los derechos humanos, de carácter universal, pero respetuosa de las diversidades culturales, está dirigida a defender al hombre y a sus derechos y no a atacar ni debilitar a ningún estado...»⁽⁷⁴⁾.

Como ha señalado CANÇADO TRINDADE «la diversidad cultural no ha frenado la tendencia contemporánea de criminalización de las violaciones graves de los derechos humanos». Tampoco ha impedido el reconocimiento generalizado de unos derechos humanos inderogables⁽⁷⁵⁾, que de hecho se fundan en «valores comunes y básicos que comparten todas las culturas...». Hay que poner énfasis en la idea de que «los derechos humanos universales no imponen un patrón cultural sino el estándar legal de la mínima protección necesaria para la dignidad humana»⁽⁷⁶⁾.

Es en el terreno de los «derechos privados» donde está el reto mayor de la universalidad. El concepto de «libertad cultural» recogido en la Convención de la UNESCO es muy pertinente para avanzar en esta empresa. Es importante que los avances hacia la universalidad no sean impuestos desde fuera, sino que se originen desde las propias comunidades culturales (que pueden interaccionar «equitativamente» con otras referencias culturales)⁽⁷⁷⁾. Los instrumentos regionales, que pueden tener en cuenta las especificidades culturales propias de cada región son una herramienta importante en este proceso.

(74) GROS SPIELL, H., *op. cit.*

(75) CANÇADO TRINDADE, J.A., *op. cit.*, p. 81.

(76) JAHANBEGLOO, R., *doc. cit.*

(77) CERNA, C., *op. cit.*, p. 394. Ojalá las actuales revoluciones en los países árabes no descuiden avanzar en este ámbito. Los derechos de la mujer son el gran desafío. *Vid.* BASSETS, L., «La prueba del nueve de las revoluciones árabes», *Blog del alfiler al elefante. El País*, 10 de mayo de 2011. Disponible en <http://blogs.elpais.com/lluis_bassets/2011/05/la-prueba-del-nueve-de-las-revoluciones-%C3%A1rabes.html>. FIDH, «Révolutions arabes: quels enjeux pour les femmes?», 8/03/2011 ????. Disponible en <http://www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a9258.pdf>. Recordemos que la Carta Islámica Universal de Derechos Humanos resulta incompatible con la concepción de los Derechos Humanos de la DUDH. *Vid.* SUDRE, F., «Droit européen et international des droits de l'homme», Presses Universitaires de France, 2005, p. 171.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

DOSSIER

INCIDENCIA DE LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES (DERECHO COMÚN Y DERECHO FORAL ARAGONÉS)

HONORIO ROMERO HERRERO

Notario

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. IDENTIFICACIÓN DEL COMPARECIENTE.

Espanoles.

Extranjeros:

- Residentes.
- No residentes.
- Acreditación de la residencia.

Número de identificación fiscal.

III. INCIDENCIA DE LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO DE FAMILIA COMÚN Y FORAL ARAGONÉS.

Matrimonio de cónyuge español con extranjero.

- Art. 15 LRC.
- La ley reguladora de los efectos del matrimonio
- Evolución del DIP español:
 - Regulación anterior a la reforma del título preliminar
 - Art. 1.325 Cc.
 - Reforma del Título Preliminar del Cc D. 31-mayo-1974.
 - Ley de 15-octubre-1990.
- Aspectos prácticos:
 - Ley aplicable: la española. Diferencias Cc y D. aragonés.
 - Ley aplicable: la extranjera. Ejemplos.

Matrimonio contraído por dos cónyuges extranjeros.

- Celebrado en España.
- Celebrado en el extranjero.
- Cuestiones prácticas.

El REM y el principio de la fe pública registral.

Referencia a determinados aspectos del REM en los países con más inmigración en España:

- Marruecos.
- Rumanía.
- Ecuador.
- Colombia.
- Reino Unido.
- China.

IV. INCIDENCIA DE LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO DE SUCESIONES COMÚN Y FORAL ARAGONÉS

Régimen del Código civil.

- Art. 9.8 Cc.
- Art. 11 Cc.
- Convenio de la Haya de 5-octubre-1961.

Otorgamiento de testamento por extranjero.

- Su identificación.
- Capacidad.
- Libertad de testar.
- Revocación.
- Registro de testamentos.
- Recomendación.

Formalización de herencia de causante extranjero.

Acreditación de la nacionalidad y la residencia.

Ejemplos prácticos.

- Acreditación de la legislación aplicable a la sucesión.
- Acreditación documental de las relaciones familiares (cónyuge, hijos,...).
- Existencia o no de testamento.
- Competencia del notario español para tramitar el acta de notoriedad de declaración de herederos de un causante extranjero. Resolución DGRN de 18-enero-2005.

Derecho común y derecho aragonés.

Referencia a determinados aspectos sucesorios en los países con más inmigración en España:

- Marruecos. Ejemplo.
- Rumanía.
- Ecuador.
- Colombia.
- Reino Unido.
- China.

Aspectos fiscales.

- Concepto de residencia habitual en España.
- Tributación por obligación real.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Según los datos publicados por el INE a 31 de diciembre de 2009, el número de extranjeros empadronados ascendía a 5.598.691, que representa el 12% del número total de habitantes de España. Las comunidades más numerosas son:

1. Marruecos: 767.784.	2. Rumanía: 751.688.
3. Ecuador: 440.304.	4. Colombia: 287.205.
5. Reino Unido: 222.039.	6. China: 151.547.
7. Italia: 150.667.	8. Bulgaria: 147.080.
9. Portugal: 126.928.	10. Bolivia: 117.106.
11. Alemania: 109.438.	12. Argentina: 103.171.

Según la última publicación del Instituto Aragonés de Estadística, el número de inmigrantes en Aragón es de 172.138, que representa el 12'8% de la población de la Comunidad (1.345.419 habitantes).

Las Comunidades más numerosas son:

1.º Rumanía:	36,7%	(63.175)
2.º Marruecos:	10,4%	(17.902)
3.º Ecuador:	6,7%	(11.533)
4.º Colombia:	4,7%	(8.090)

Estas personas, residentes en España, desarrollan su vida estableciendo relaciones jurídicas que plantean cuestiones prácticas muy interesantes y que los profesionales de derecho comprobamos día a día su incremento, tanto en el número de asuntos planteados como en la dificultad con que nos encontramos en ocasiones para solucionar el caso concreto.

El Derecho internacional privado de la familia y las sucesiones se halla sujeto en la actualidad a profundos cambios, tanto en España como en el resto de países de la Unión Europea.

Cuando las diferencias entre los países de origen de los inmigrantes y los países de acogida se refieren a aspectos sustanciales de la persona, el matrimonio o las sucesiones, los mecanismos tradicionales del Derecho internacional privado no pueden funcionar correctamente. Si la inmigración procede de países islámicos, los conflictos de leyes se agudizan y resulta difícil ofrecer una respuesta satisfactoria a uno de los principales dilemas que suscita la inmigración en la actualidad y que consiste en la necesidad de conciliar dos exigencias a menudo contrapuestas: la integración del emigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes. ¿Cómo es posible integrar a un inmigrante que es portador de un modelo familiar muy diferente al vigente en el país de acogida?

Conciliar el respeto cultural del inmigrante y la coherencia del derecho del país de destino exige mejorar la formulación de las normas de conflicto existentes en el actual de-

recho internacional privado de la familia y las sucesiones, y perfeccionar los mecanismos correctivos que les acompañan, en particular la excepción de orden público.

En este sentido y dentro del ámbito de la Unión Europea, podemos destacar el acuerdo adoptado por el Consejo de Europa el 11 de diciembre de 2009 sobre el denominado «Programa de Estocolmo», que en desarrollo del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 fija las prioridades de trabajo de la Unión Europea para los años 2010 a 2014. En materia civil se persiguen una serie de aspectos concretos como:

- **La creación de un Registro de Actos de Última Voluntad europeo.** En este sentido destacar la iniciativa de los Notariados de los veintiún países de la UE para la creación de la Red Europea de Registros de Testamentos que facilitará a los notarios comunitarios la consulta, en nombre de los ciudadanos, de testamentos de otros países. La existencia de esta Red será muy beneficiosa para el funcionamiento del certificado sucesorio (otra de las iniciativas en este sentido de armonización del Derecho de sucesiones dentro de la UE). No podemos acreditar quién es heredero si no tenemos la garantía de que no aparecerán otros testamentos.
- **La aprobación de un Reglamento europeo** que facilitará las herencias transfronterizas en la UE y que está pendiente de aprobación por el Parlamento y el Consejo comunitarios. En este reglamento se incluyen dos cuestiones básicas:
 - Que cada ciudadano tenga derecho a elegir la ley que quiere que rija su sucesión. En el caso de que no se pronuncie al respecto, el reglamento establece que se aplicará la ley del lugar de su residencia.
 - La creación de un certificado sucesorio europeo que sea expedido por la autoridad que cada Estado designe y que sea reconocido en cualquier estado miembro de la Unión.

Como pone de manifiesto Antonio Ojeda, presidente del Consejo General del Notariado, en la UE se formalizan ante notario unas 450.000 herencias entre ciudadanos de distintos países por un valor superior a 123.000 millones de euros. Este importante número de sucesiones se ve afectado por elementos que dificultan tanto la determinación de la Ley aplicable, como la prueba de los derechos hereditarios, lo que a menudo conduce a una solución atomista poco recomendable.

- **Otro de los aspectos que persigue el Programa de Estocolmo es armonizar las normas de conflicto en materia de sucesiones y de derecho de familia, en especial de régimen económico matrimonial.** Es una cuestión esencial para el adecuado funcionamiento de estas materias entre los ciudadanos de la UE.

Imaginemos el conflicto que se origina al fallecimiento de una persona con una determinada nacionalidad (cuya legislación establece que sea la ley nacional la que rija su sucesión), residente en otro país distinto (en la que la ley de la sucesión sea la de la residencia) y con bienes en terceros países (donde apliquen la ley de la situación de los bienes).

Como ya hemos indicado, el Reglamento en estudio establece que en estos casos se aplicará la ley del país de residencia, sin perjuicio de que cada uno pueda elegir que su sucesión se rija por su propia ley nacional.

Y este conflicto también se manifiesta a la hora de determinar la Ley reguladora de los efectos del matrimonio y el régimen económico matrimonial cuando se trate de matrimonios contraídos por personas de distinta nacionalidad.

II. IDENTIFICACIÓN DEL COMPARECIENTE

1. En el supuesto de ciudadano español

El problema de la identificación es relativamente sencillo. **Podrá identificarse bien con su Documento Nacional de Identidad en vigor o con su pasaporte, igualmente en vigor.**

Al igual que para los comparecientes extranjeros, en ningún caso sirve como medio de identificación el carné de conducir. Podemos criticar esta postura ya que se trata de un documento español con fotografía y firma. Incluso podríamos defender el mismo criterio para carnés de conducir extranjeros, siempre y cuando contengan fotografía y firma. Pero, ya digo, en la práctica no sirven para identificar.

De otra parte, según el artículo 7 del RD 1553/2005, de 23 de diciembre, no vale el documento caducado.

2. En cuanto a la identificación de comparecientes extranjeros

Es preciso partir de la distinción entre residentes y no residentes, estableciéndose la presunción de que tiene el carácter de residente el compareciente domiciliado en España, y así:

1. **Respecto de extranjeros residentes en España**, la identidad se acredita mediante pasaporte o permiso de residencia expedido por autoridad española, en ambos casos el documento que se exhiba a los efectos indicados debe estar en vigor.
2. **Respecto de extranjeros no residentes en España**, la identidad se acredita mediante «pasaporte o mediante cualquier otro documento oficial expedido por autoridad competente de su país de origen que sirva a efectos de identificación, lo que se certificará, en caso de duda por la autoridad consular correspondiente. En todo caso el documento deberá contener fotografía y firma del otorgante» (artículo 161 del Reglamento Notarial; en adelante, RN).

Ahora bien, y con relación al asunto relativo a la identificación de los comparecientes no nacionales, se plantean algunas cuestiones particulares de especial relevancia:

- a) **La validez de la fotocopia compulsada por la policía.** En ningún caso dicho documento puede ser considerado como medio válido de identificación de un compareciente. En este caso lo normal será acudir a la identificación por medio de testigos.
- b) **Los supuestos en los que no es necesario aportar documentos de identidad, y aquí reproducimos literalmente el párrafo 3.º del artículo 163 del Reglamento**

Notarial, que se manifiesta con claridad al afirmar que «No será preciso aportar documentos de identidad cuando el compareciente manifieste carecer de ellos y la finalidad del documento otorgado sea exclusiva y precisamente la de hacer manifestaciones u otorgar poderes en relación con un expediente administrativo o judicial de asilo, acogida de refugiados, repatriación u otro similar, siempre que quede constancia de la huella digital y de fotografía del compareciente».

Además, lo expuesto con anterioridad, se entiende sin perjuicio:

1. **De otras excepciones reguladas en el citado artículo 163 RN, párrafos 2.º y 4.º, que exceden del ámbito de la extranjería, pero que también son aplicables a comparecientes extranjeros, tanto residentes como no residentes, a saber, que la obligatoria presentación de documentos que acrediten la identidad de los comparecientes se exceptúa en** «... los casos de testamentos y aquellos en los cuales no pueda diferirse, a juicio del notario, la autorización del instrumento» (artículo 163.2 RN) y «Tampoco se necesitará la indicación del documento de identidad cuando se trate de funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo».
2. En todo caso, de la posibilidad de que los comparecientes que carezcan de cualquier documento de identificación, tanto nacionales, como extranjeros residentes o no residentes, sean identificados por dos testigos de conocimiento.

Y c) Que el documento de identidad que se exhibe a efectos de identificación se encuentra caducado:

Ya hemos dicho con anterioridad que los documentos que se exhiban con carácter identificativo deben estar en vigor, si bien se plantea la posibilidad de que se supla este defecto mediante la correspondiente solicitud de renovación formulada ante el organismo oficial competente correspondiente, junto con el DNI caducado y en el que la fotografía que figure en el mismo identifique al compareciente.

Es importante determinar si una persona extranjera reside o no en España. Pero hay que tener en cuenta la distinción entre:

- Residencia Fiscal (vivir en España más de 183 días al año). El artículo 28 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, al efecto del impuesto de sucesiones y donaciones establece el mayor período de residencia en los últimos cinco años. A mi juicio, este artículo no afecta a extranjeros a los cuales se les aplican los 183 días.
- Residencia Legal (para el Ministerio del Interior la residencia legal la tiene quien haya obtenido tarjeta de residencia o certificado de registro).
- Residencia Administrativa (certificado de empadronamiento en un municipio).

Ante esta situación la DGRN en Resolución de 1 de junio de 2004, en respuesta a una consulta formulada por la Junta directiva del Colegio Notarial de Cataluña parece refundir en uno solo el concepto de residencia. Se basa en la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España, que establece que la Tarjeta de extranjero es el documento único y exclusivo que acredita la permanencia legal de los extranjeros en España. Por

lo que quien tenga Tarjeta de residencia en vigor o esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 6.2 del RD Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (sobre la renta de no residente) se considerará a todos los efectos (fiscal, administrativo y económico) residente en España.

El artículo 25.2 del citado RD obliga al comprador de un inmueble a un no residente, la retención del 3% del importe del precio para su ingreso en Hacienda, a cuenta del impuesto correspondiente del vendedor por ser posible ganancia patrimonial.

3. El número de identificación fiscal

Cuestión diferente a los medios de identificación es la necesidad de acreditación del Número de Identificación Fiscal.

La Ley de Prevención del Fraude (Ley 36/2006, de 29 de noviembre) y su modificación operada por RD 1804/2008, de 3 de noviembre, exige la constancia del NIF o CIF en los actos de trascendencia jurídica en el ámbito inmobiliario.

Sin embargo, el artículo 23 de la Ley del Notariado (en adelante, LN) es más amplio porque se refiere a cualquier acto de trascendencia tributaria, sin distinguir muebles o inmuebles. Y el artículo 156.5 del Reglamento Notarial establece que «el NIF se hará constar cuando así lo disponga la normativa tributaria».

Conforme dispone el artículo 23 LN:

«Si se trata de escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se adquieran, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles o a cualesquiera otros de trascendencia tributaria, los comparecientes acreditarán ante el notario autorizante sus números de identificación fiscal y los de las personas o entidades en cuya representación actúen, de los que quedará constancia en la escritura».

Si no se comunica al notario el número de identificación fiscal para su constancia en la escritura:

- 1.º El notario puede autorizar la escritura previas las oportunas advertencias, y en concreto se comunicará al compareciente incumplidor que se suministrará la información pertinente a la Administración Tributaria (artículo 23 LN, último párrafo).
- 2.º La escritura no será inscrita en el Registro de la Propiedad. En este sentido, el artículo 254.2.º LH, tras la redacción dada por la Ley 36/2006, dice: «No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquéllos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen».

En el número 4 de este mismo artículo se parte de su consideración de **defecto subsanable**, pero solamente cabe su subsanación «cuando se presente ante el Registro de la Propiedad una escritura en la que consten todos los números identificación fiscal...».

Formas de acreditar el NIF

- Para las personas físicas españolas, el NIF es el número del DNI seguido de una letra mayúscula, y que hoy consta ya incorporada al DNI (artículo 2 RD 338/1990).
- Para los ciudadanos de la UE, tras el RD 240/2007, de 16 de febrero (BOE de 28 de febrero), en vigor desde el 28 de marzo de 2007, la tarjeta de residencia de RÉGIMEN COMUNITARIO, aplicable a los nacionales de la UE y EEE, así como a sus familiares y personas dependientes no comunitarias, se sustituye por un **certificado de registro: papel oficial DIN A-4 de color verde, expedido por la comisaría de policía competente en donde figuran los datos personales, el NIE y la fecha de inicio de su residencia en España, pero sin fotografía ni firma, por lo que no sirve para su identificación**. Esta identificación se realizará con su pasaporte o tarjeta de identidad nacional.
- Para las personas físicas extranjeras, es el Número de Identificación de Extranjero que se le asigne en la tarjeta de residencia (artículo 3 RD 338/1990).
- A las personas jurídicas se les atribuye un Código de Identificación Fiscal (artículo 2 RD 338/1990) —de ahí se que se llame CIF— y existe una tarjeta acreditativa de ese CIF para su exhibición a quien pueda interesar.

III. EXTRANJERÍA Y DERECHO DE FAMILIA

INCIDENCIA DE LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO DE FAMILIA COMÚN Y FORAL ARAGONÉS

1. Introducción

Desde la perspectiva adquirida a través del ejercicio de mi profesión de notario, he podido comprobar cómo en determinados campos del Derecho el legislador no ha llegado a regular parcelas de vital importancia en el tráfico jurídico diario quedando con ello desprotegidos de la seguridad jurídica ciertos aspectos que la realidad nos muestra frecuentemente.

En especial, llama la atención cómo el Código Civil (en adelante, CC) regula las capitulaciones matrimoniales como vehículo adecuado para establecer, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio, de su publicidad en el Registro Civil y en su caso en los Registros de la Propiedad y Mercantil. Nuestro legislador ha previsto con la debida diligencia las normas tendentes a regular la incidencia del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del régimen económico matrimonial. Sin embargo, no ha previsto la forma de hacer constar dicho régimen en los casos en que los cónyuges al contraer matrimonio no hacen manifestación alguna en tal sentido, ya por desconocimiento, ya por despreocupación, y que son mayoritarios en la realidad.

En este sentido, el Proyecto de Ley de Registro Civil Electrónico de 2010 establece, al efecto de la posible prueba del régimen económico, la posibilidad de constancia en el Regis-

tro Civil tanto del régimen convencional como legal. Así en el artículo 4 recoge como hecho inscribible «el régimen económico matrimonial legal o pactado» y el artículo 60 indica «Junto a la inscripción de matrimonio se podrá inscribir el régimen económico legal o pactado que rijan el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que puedan afectar al mismo. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 CC, en ningún caso **el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones**» (parece con ello que existe una tendencia a que el régimen legal conste también en el Registro Civil, como ya ocurre en Francia, transformando el Registro Civil en un Registro de regímenes económico matrimoniales).

2. Matrimonio de cónyuge español con extranjero

Se debe inscribir en el Registro Civil (artículo 15 LRC). Resultando competente el Registro del lugar de la celebración.

a) Ley reguladora de los efectos del matrimonio

Evolución del DIP español

Regulación anterior a la reforma del Título preliminar

Es necesario acudir al artículo 1325 CC que disponía: «Si el casamiento se contrajera en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes en relación a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de Derecho común en el país del varón: todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles».

Se trata de una norma de conflicto *sui generis* por la forma en que procede a designar la consecuencia jurídica, pues no se remite con carácter general a la ley personal del cónyuge varón sino concretamente a su régimen de Derecho común. Daba respuesta no sólo a los conflictos propiamente internacionales sino también respecto de los interregionales. La primacía atribuida al Derecho común respondía a la misma filosofía inspiradora del artículo 1317 CC.

Reforma del Título preliminar del Código Civil por Decreto de 31 de mayo de 1974

La determinación del régimen económico del matrimonio venía regulada en el Código Civil en el artículo 9, párrafos 2.º y 3.º, que fue objeto de reforma, junto al Título preliminar, por Ley de 17 de marzo de 1973, la cual estableció unas bases y concedió una autorización al Gobierno para desarrollarlas y redactar el texto definitivo que, en efecto, se concretó y articuló por el Decreto número 1836 de 21 de mayo de 1974.

Artículo 9.2.º «Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración».

Artículo 9.3.º «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional».

De los preceptos expuestos deducimos los siguientes principios:

- 1.º El Código Civil distinguía entre relaciones personales, patrimoniales y régimen económico matrimonial.
- 2.º Las relaciones patrimoniales se determinaban:
 - a) Por las capitulaciones matrimoniales permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges.
 - b) En su defecto, o por insuficiencia, por la misma ley que las relaciones personales.

Y ya hemos visto que las relaciones personales se rigen por la última ley común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley del marido al tiempo de la celebración. Es decir, las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio, caso de no existir capitulaciones matrimoniales, se regían por la ley nacional del marido en todo caso.

- 3.º El régimen económico del matrimonio, a falta o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, era el determinado por la ley de la nacionalidad del marido en el momento de la celebración del matrimonio.
- 4.º El régimen económico del matrimonio no variaba por el cambio de nacionalidad del marido, salvo pacto no impedido por la nueva ley.

Ley 11/1990, de 15 de octubre

La nueva regulación suprime la distinción anterior entre efectos personales y efectos patrimoniales del matrimonio, y diferencia ahora los efectos del matrimonio (artículo 9.2 CC) y los pactos o capitulaciones matrimoniales (artículo 9.3 CC).

b) Ley aplicable a los efectos del matrimonio

El párrafo primero del artículo 9.2 CC dispone: «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio».

Del precepto transcrito haremos las siguientes consideraciones:

- 1.^a Los criterios de determinación de la Ley aplicable a los efectos del matrimonio son excluyentes.
- 2.^a La ley aplicable a los efectos del matrimonio, una vez determinada en el momento de la celebración, es inmutable y no puede modificarse, ni aunque ambos cónyuges adquieran una nueva y misma ley personal, ni aunque haya pacto expreso a favor de esa nueva ley personal o a favor de otra, ya que expresamente se ha limitado la posibilidad de pactar al tiempo anterior a la celebración del matrimonio. Esta inmutabilidad, aunque es la solución que parece desprenderse del texto del precepto, resulta excesiva y va en contra de las modernas tendencias en el Derecho comparado.
- 3.^a Se produce la desvinculación entre la ley reguladora de los efectos del matrimonio y el régimen económico matrimonial que resulta de la nueva legislación, ya que los cónyuges sí que podrán modificar éste, siempre que sea posible con arreglo a alguna de las leyes a que se refiere el artículo 9.3 CC. El régimen económico matrimonial paccionado se seguirá rigiendo por la Ley reguladora de los efectos del matrimonio, si bien podría pactarse la sumisión a un régimen económico matrimonial regulado por otra ley; lo que sucede es que, aun así, la ley que regirá los efectos del matrimonio seguirá siendo la misma.

En este sentido destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2002 que declara inconstitucional y derogado por la Constitución el artículo 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el texto articulado aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración».

Y en el ámbito del Derecho Interregional la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009 declara la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma contenida en el artículo 14.4 del Código Civil redactado de acuerdo con el Decreto 1836/1974, de 31 de marzo, y que no fue reformado hasta la Ley 11/1990, que decía: «La mujer casada seguirá la ley del marido». Y esto es contrario al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los artículos 14 y 32.1 de la Constitución, puesto que impedía a la mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido. La consecuencia, según dice el TS, es que la norma contenida en el artículo 14.4 quedó derogada por la inconstitucionalidad sobrevenida en el momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Si conforme a estas normas de conflicto resulta aplicable un derecho extranjero, conforme al artículo 12.2 CC, «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española».

Un ejemplo curioso. Matrimonio de cónyuge español con cónyuge francés, celebrado el año 2010, que no pactan nada antes de la celebración del matrimonio y fijan su residencia en Marruecos. ¿Cuál es la Ley que rige los efectos del matrimonio y su régimen económico matrimonial? Imaginemos que quieren comprar un piso en Marbella.

Tanto la Ley española como la francesa establecen que salvo pacto en contrario reflejado en capitulaciones matrimoniales se aplicará la ley del lugar en el que los cónyuges hubieran fijado su primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio. Luego la legislación de ambos cónyuges remite a la ley de Marruecos.

Y en Marruecos, los cónyuges extranjeros, según el Derecho Internacional privado marroquí, quedarán sometidos al régimen económico matrimonial previsto como supletorio por la Ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (en defecto de capitulaciones). Por tanto, si el marido es español y la mujer francesa, el Derecho marroquí reenvía a la ley española. Pero si el marido es francés reenvía a la ley francesa y esto no lo admite nuestro Código Civil. En este caso al comprar un bien en Marbella, entiendo aplicable el criterio del artículo 10.1 del Código Civil.

c) Desde un punto de vista práctico, en el caso de matrimonio de cónyuge español con extranjero debemos distinguir

1. *Que la Ley aplicable a los efectos del matrimonio y al régimen económico matrimonial sea la española.* Y ello por aplicación de las normas de conflicto españolas anteriormente expuestas o por pactarlo así en capitulaciones matrimoniales que, en todo caso, ya se otorguen en España o en el extranjero, deben ser inscritas en el Registro Civil competente (artículo 15 de la Ley de Registro Civil; en adelante, LRC).

Y en este caso puede resultar aplicable el Derecho común, el foral aragonés o cualquier otro existente en los distintos territorios en los que rige un derecho especial.

Estudiar aquí las diferencias entre el Derecho civil común y el Foral aragonés en relación al régimen económico matrimonial resultaría demasiado extenso. No obstante señalaré algunas especialidades:

- Ambos regulan como régimen supletorio, en defecto de capitulaciones matrimoniales, un régimen de comunidad (de gananciales en derecho común y consorciales en Aragón).
- En el caso de compra por uno de los cónyuges por precio aplazado (al cual se equipara la financiación), en todo o en parte, la solución es distinta:
- Según el artículo 28.2.b) de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad de 12 de febrero de 2003, en Aragón, el bien es común salvo que la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo.
- Según los artículos 1356 y 1357 CC el criterio es diferente.

«Artículo 1356: Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza».

«Artículo 1357: Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354».

Otras cuestiones a tener en cuenta son:

- La especialidad aragonesa del derecho de viudedad. Artículo 16.2 CC y artículos 89 a 120 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad ya citada.
- Y el derecho de viudedad aragonés en relación al artículo 9.8 CC.

2. *Que la ley aplicable a los efectos del matrimonio y al régimen económico matrimonial sea la extranjera.* Y ello por aplicación de las normas de conflicto españolas ya expuestas o por pactarlo en capitulaciones matrimoniales, que en todo caso deben ser inscritas en el Registro Civil competente (artículo 15 LRC).

Poner ejemplo de determinar el régimen económico matrimonial de un marroquí casado con una española (de vecindad civil aragonesa) casados en 1985 en Londres, donde fijaron su residencia habitual.

Comentar también el mismo ejemplo si la fecha del matrimonio fuera en 1995.

Para ello tener en cuenta el Derecho marroquí.

Y también que el Derecho inglés carece de norma escrita en materia de régimen económico matrimonial, no existe el concepto de régimen matrimonial, simplemente el matrimonio no afecta a las normas sobre patrimonio individual, sólo en materia de inmuebles considera que deba regir la ley del lugar donde radiquen. ¿Quiere esto decir que el envío que la Ley española hace a la nacional inglesa vuelve a ser reenviada a la española (artículo 12.2 CC) como se ha considerado por el TS en materia sucesoria, y así compran con carácter ganancial si el inmueble radica en territorio de derecho común? O es más correcto pensar, como se hace en la práctica, que la ausencia de normativa provoca la ausencia de derechos mutuos en las compras de los cónyuges (como si tuvieran separación de bienes).

A estos matrimonios mixtos sometidos a legislación extranjera se les aplica también el artículo 92 del Reglamento Hipotecario (en adelante, RH) que estudiaremos posteriormente.

3. Matrimonio contraído por dos cónyuges extranjeros

- *Celebrado en España.* El artículo 15 LRC considera inscribibles los hechos acaecidos en territorio español y este matrimonio podría contraerse bajo la forma determinada por la nacionalidad o religión de cualquiera de los contrayentes y su inscripción se practicará mediante la certificación expedida por funcionario competente ante quien se hubiera celebrado (artículo 256.4 RRC).
- *Celebrado en el extranjero.* El matrimonio celebrado en el extranjero por cónyuges extranjeros no se inscribe en el Registro Civil español: artículo 15 LRC y Resolución DGRN de 6 de noviembre de 2002. Sólo será inscribible si «... las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español» (artículo 15.2 LRC).

CUESTIONES PRÁCTICAS

PRIMERA. Dos cónyuges de nacionalidad rumana y residentes en España pretenden otorgar capitulaciones matrimoniales y modificar su régimen económico matrimonial legal (obligatorio de comunidad de bienes).

La legislación rumana (al igual que la argentina y la marroquí musulmana) no permite a los cónyuges modificar el régimen matrimonial después de la celebración.

No obstante, el artículo 9.3 CC considera posibles y válidas en España las capitulaciones que lo sean conforme a la ley que rija los efectos del matrimonio; a la ley de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges, y a la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

SEGUNDA. Capitulaciones matrimoniales otorgadas por cónyuges extranjeros, cuyo matrimonio han celebrado en el extranjero, en las que liquidan bienes matrimoniales existentes en España.

El artículo 266.6 RRC implicaría la necesidad de su inscripción en el Registro Civil español, para lo que se exigiría, lógicamente, la previa inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero. Sería éste el caso a que se refiere el segundo párrafo del artículo 15 LRC.

Sin embargo, la Resolución DGRN de 9 de enero de 2008 recuerda que no son inscribibles en el RC español los matrimonios extranjeros celebrados fuera de España, por lo que no pueden inscribirse en el RC español las capitulaciones matrimoniales otorgadas por esos cónyuges, siendo plenamente válidas y eficaces en nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de que estén inscritas ya que la solución contraria conduciría a resultados perjudiciales para la seguridad jurídica y el tráfico.

Por otra parte, no consideramos necesaria esta inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el registro extranjero donde conste inscrito el matrimonio, para que dichas capitulaciones sean plenamente eficaces y válidas en nuestro ordenamiento y por lo tanto inscribible en el Registro de la Propiedad la liquidación del régimen matrimonial a que estaba sujeto algún bien inmueble sito en España.

TERCERA. La cuestión práctica a plantear es la aplicación del artículo 92 Reglamento Hipotecario: «Cuando el régimen económico matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare».

Si no constare el régimen, cabría plantear la subsanación de la omisión, o si el régimen fuera desconocido, cabría admitir la inscripción con sujeción al régimen matrimonial que resulte de la legislación extranjera, lo que exigiría acreditar en el futuro dicho régimen,

respecto a actos posteriores. En otro caso, para las futuras enajenaciones se precisarían el consentimiento del cónyuge, y para anotaciones de embargo, la notificación a éste.

En el supuesto de constancia del régimen en el título, cabe la calificación registral de este extremo, conforme a las reglas generales, sin perjuicio del principio general de que el derecho extranjero ha de ser probado, pues el Registrador puede conocer, según los casos, la legislación extranjera, o exigir que se le acredite, conforme al artículo 36 RH.

En cualquier caso, si comparecen ambos cónyuges, puede estarse a sus manifestaciones, salvo que por ley resulte lo contrario.

Para complementar esta cuestión citaremos el criterio de la DGRN.

Resolución DGRN de 25 de septiembre de 1980

Es inscribible la escritura en la que unos cónyuges extranjeros, «en régimen legal de su nacionalidad», adquieren «con arreglo a su régimen matrimonial», pues por razones prácticas se considera mejor diferir el problema de acreditar el régimen legal al momento de la enajenación posterior, que podrá obviarse si se realiza con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria) o demanda a los dos (enajenación forzosa).

Resoluciones DGRN de 29 de octubre y 23 de noviembre 2002

En el caso de compra por cónyuges extranjeros, la Dirección, reiterando su propia doctrina, considera que lo más práctico es no expresar el régimen matrimonial en la inscripción, difiriendo el problema para el momento de la enajenación posterior, pues dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). Por ello, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere «con sujeción a su régimen matrimonial» (incluso cuando en la escritura se dice que los compradores adquieren «para su comunidad de bienes»).

Resoluciones DGRN de 3, 7, 20, 27 y 28 de enero y 12 de febrero de 2003

El problema planteado en este recurso, y su solución, son los mismos que los que se reseñan en las resoluciones que preceden. Pero, además, la Dirección añade el argumento de que la expresión de que los compradores «adquieren para su comunidad de bienes» permite rechazar la calificación del Registrador, que consideró defecto no expresar la proporción en que adquirirían los compradores, de acuerdo con los artículos 54 del Reglamento Hipotecario y 10.1 del Código Civil, pues dicho requisito sólo será necesario «cuando se trata de una comunidad romana, pero no cuando se adquiere para un régimen matrimonial de comunidad, pues en éste existe una comunidad germánica, sin cuotas, por lo que no pueden establecerse las mismas» (la Resolución del día 24 se funda exclusivamente en este último argumento, lo que seguramente será un error, puesto que el problema era idéntico en estos casos).

Resoluciones DGRN de 21 y 24 de febrero y 4, 13, 14 y 15 de marzo de 2003

No es inscribible la escritura por la que unos cónyuges de nacionalidad británica adquieren «con arreglo a su régimen matrimonial» si no se manifiesta, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, la proporción en que adquieren los compradores, pues, según el Centro Directivo, «afirmado por el Registrador que el derecho británico desconoce la idea de régimen económico-matrimonial, la adquisición es como la de un sistema de separación», y sin que esta afirmación haya sido desvirtuada, el artículo 54 del Reglamento Hipotecario impone que deba fijarse la cuota indivisa correspondiente a cada uno de los adquirentes.

Resoluciones DGRN de 19 de diciembre de 2003 y 4 y 12 de febrero de 2004

No es inscribible la escritura por la que unos cónyuges de nacionalidad paquistaní adquieren «con arreglo a su régimen matrimonial» si no se expresa, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, la proporción en que adquieren y el Registrador en su calificación ha afirmado que el derecho paquistaní establece el sistema de separación sin que esta afirmación haya sido desvirtuada.

**CUARTA. El Régimen Económico Matrimonial
y el Principio de la Fe Pública Registral**

El principio de la fe pública del registro es adoptado por todo ordenamiento jurídico inmobiliario que quiera proteger decisivamente las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes que se hayan producido confiados en el contenido del Registro y, como dice Roca Sastre, constituye el núcleo central de nuestro sistema inmobiliario registral, en torno al cual giran todas las restantes materias de Derecho hipotecario.

Para proteger a los terceros adquirentes de buena fe, la ley reputa exacto el contenido de los libros hipotecarios, aun en el caso en que los términos de sus asientos no concuerden con la realidad jurídica extra-registral. Aunque los asientos del Registro se hallen en desacuerdo con la realidad jurídica, su valor es decisivo en cuanto lo que expresan prevalece sobre la realidad ante el tercer adquirente protegido por la fe pública registral. En provecho de este adquirente el contenido del Registro se reputa verdadero o se finge por la ley como irrefutablemente exacto dentro del ámbito y alcance que ella determina, gracias a lo que se proporciona base firme a la contratación inmobiliaria.

El principio de la fe pública registral actúa, pues, a modo de ficción de veracidad, de la que la ley inviste a los asientos practicados en la correspondiente hoja registral, que constata la existencia, extensión y titularidad de los derechos reales inmobiliarios registrados, y cuya adquisición por el tercero es mantenida en las circunstancias especificadas por la ley.

El principio general o básico está formulado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria:

«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una

vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».

El concepto de tercero hipotecario es uno de los más discutidos en nuestra doctrina. En Derecho Civil se define al tercero como aquel que no es parte, ya que, conforme al artículo 1257 del Código Civil, «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos». El tercero hipotecario es un tercer adquirente civil pero cualificado por ciertos requisitos.

El tercer adquirente civil, como consecuencia de la adquisición derivativa, recibe el derecho tal como lo tiene el transmitente (*nemo dat quod non habet*); por contra, el tercero hipotecario lo recibe tal como consta en el Registro.

La adquisición del tercero debe ser en virtud de título válido que, naturalmente, no será eficaz, ya que si lo fuere, el tercero no necesitaría del juego de la fe pública.

El sistema de protección a la apariencia registral en la Ley Hipotecaria lo componen una pluralidad de preceptos, de distinto origen, latino unos, germano otros, que en ocasiones se interfieren, pero cuyo significado último es claro: proteger al adquirente del titular registral que no es el verdadero dueño, siempre que se reúnan los requisitos del artículo 34 LH.

La fe pública registral opera en cuanto asegura al tercer adquirente protegido la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales inscritos; más, como nos dice Roca Sastre, no se extiende a los datos registrales de mero hecho, ni a los referentes al estado civil de las personas o concernientes a derechos de carácter personal o de crédito, ni tampoco a los derechos reales sobre bienes muebles.

Y es aquí, llegado a este punto, cuando relaciono lo anteriormente expuesto con la situación de hecho que se puede plantear en el ámbito de los conflictos de matrimonios mixtos. El supuesto es el siguiente:

El año 1995 contraen matrimonio X español con S ecuatoriana. Fijan su residencia inmediata posterior a la celebración del matrimonio en Madrid y a los dos meses se trasladan a Barcelona. No pactan nada. Luego conforme al artículo 9.2 CC, la Ley que rige los efectos del matrimonio es la común y el REM de gananciales.

Don X compra una finca y manifiesta que está casado bajo el régimen legal catalán de separación de bienes y así se hace constar en la inscripción del Registro de la Propiedad. A continuación la vende a Don Z y éste inscribe su adquisición. La esposa de Don X solicita la anulación de la disposición de su marido alegando que el régimen económico del matrimonio no es el legal catalán de separación de bienes, sino el de gananciales del Código Civil. ¿Está protegido el adquirente Don Z, por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria? ¿Es tercero hipotecario?

Sustantivamente, el hecho de que Don X haga constar que está casado bajo el régimen de separación de bienes, independientemente de que lo haga por error o sabiendo la fal-

sedad de su manifestación, no altera para nada el carácter de la adquisición. Si el régimen económico matrimonial es el de gananciales, el bien adquirido tendrá tal carácter. Y el régimen de su administración y disposición será el que determina el Código Civil, que como principio general establece en el artículo 1375: «En defecto de pacto en capitulaciones la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes».

Y como en el supuesto planteado Don X ha dispuesto sin el consentimiento de su esposa, la venta es anulable, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1322 del Código Civil: «Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos».

El plazo para ejercer la esposa de Don X la acción de nulidad será de cuatro años, como nos indica el artículo 1301 del Código Civil, y este tiempo empezará a correr desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

Sin embargo, el hecho de que Don X manifieste en la escritura de compraventa que está casado bajo el régimen económico matrimonial legal catalán de separación de bienes, y así se haga constar en la inscripción del Registro de la Propiedad, ¿modifica de alguna manera lo hasta aquí expuesto? No. Y ello en base a que en el momento de contraer matrimonio ya quedó determinado su régimen económico matrimonial, que es el legal de la sociedad de gananciales. Y este régimen así determinado únicamente se puede modificar por el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por ambos cónyuges. El error, frecuente en la práctica y que he apuntado anteriormente, es que si Don X y su esposa llevan residiendo en Cataluña más de diez años, por ejemplo, pueden pensar que están casados bajo el régimen de separación de bienes, y así lo hace constar el esposo en el caso planteado.

Y si la inscripción no altera el carácter del bien adquirido por Don X, el Registro de la Propiedad está publicando una inexactitud producida por su declaración de voluntad. ¿Ampara la fe pública del Registro esta inexactitud? Esto es, cuando Don Z consulta el Registro y comprueba cómo consta inscrito el bien a favor de Don X y lo adquiere a título oneroso, de buena fe e inscribe ¿está protegido por la fe pública del Registro? ¿Es tercero hipotecario?

Entiendo que no, que la adquisición de Don Z no está protegida por la fe pública del Registro, no es tercero hipotecario. Y ello en base a que los datos registrales relativos al estado civil y a la capacidad de las personas no los abarca la fe pública del Registro.

Las circunstancias de capacidad de las personas consignadas en el Registro no pueden ser amparadas por la fe pública registral, dice Jerónimo González, porque ni el Registro es órgano competente de publicidad en las cuestiones de estado civil, ni el que contrata con un incapaz puede alegar la ignorancia de esta condición. En el mismo sentido Roca Sastre indica que si se compra a una mujer casada en régimen de gananciales una finca comprada por ella constando que era soltera, no puede el adquirente prevalecerse del simple dato de que en el Registro consta que ella es soltera.

En sentido contrario opinan otros autores. Así en el caso planteado propugnan defender la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en base a los siguientes argumentos:

- El artículo 33 LH al disponer que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos, con arreglo a las leyes», se refiere a la venta nula de cosa propia, mientras que el artículo 34 LH se refiere a la venta válida de cosa ajena. Pues bien, aquí nos encontramos ante un supuesto intermedio: venta nula de cosa en parte propia.
- El Registro de la Propiedad es un Registro de titularidades: se ha de proteger a quien adquiere confiando en la titularidad privativa publicada.
- El artículo 33 LH se refiere a nulidad, inexistencia y anulabilidades clásicas: defectos de capacidad y vicios del consentimiento. En realidad, el supuesto del artículo 1322 del Código Civil sólo es anulabilidad en cuanto al nombre, en orden a provocar ciertos efectos de ésta. Pero la falta de titularidad en el disponente no es causa de anulabilidad propiamente dicha.

Por todo lo expuesto con anterioridad no estoy de acuerdo con esta tesis. En primer lugar, Don Z no es tercero civil ya que es parte en el negocio viciado. Y en segundo lugar, el poder de disposición de un bien ganancial corresponde a los dos cónyuges; y en el supuesto planteado, dispone uno solo de ellos. En conclusión ¿cómo va a ser tercero hipotecario si no es tercero civil?

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Marruecos

El nuevo Código de Familia (Moudawana) se publicó por el Rey Mohamed VI en el Boletín Oficial el 5 de febrero de 2004 (en árabe) y el 6 de octubre de 2005 (en francés). Es un derecho esencialmente religioso, basado en el Corán y en la Sounna, en la que se encuentran las palabras y discursos del Profeta. Sustituye el Dahir de 24 de abril de 1959. Aplica la Ley musulmana, con independencia de la nacionalidad o domicilio de la persona que ostente esta religión (el derecho musulmán es al mismo tiempo la norma religiosa y la ley civil).

En Marruecos existen tres estatutos que rigen con independencia de la nacionalidad:

1. El Estatuto musulmán, donde rige la Moudawana.
2. El Estatuto hebraico o israelí local.
3. Y el estatuto de los extranjeros no musulmanes que se sujetan en Marruecos a la ley nacional del marido, del testador o del difunto.

Derecho de familia.

La nota dominadora de este derecho es su inmutabilidad.

El Código ignora la noción de régimen económico matrimonial ya que el derecho musulmán (como el anglosajón) consagra el principio de separación de bienes más absoluto. Cada esposo es propietario de sus bienes y la mujer tiene la libertad para administrar y disponer sin el control del marido.

El régimen de separación absoluta rige de forma inmutable durante toda la vida del matrimonio.

El matrimonio se disuelve por fallecimiento de un cónyuge, por rescisión o por divorcio (el Código ha suprimido la anterior repudiación del esposo).

Para Jorge López Navarro es evidente que, pese a que aquellos cónyuges marroquíes musulmanes casados en Marruecos se encuentran sujetos al Corán, y por lo tanto al régimen de separación absoluta de bienes, éstos pueden, si ambos o uno de ellos reside en España, según el artículo 9.3. CC, modificar su régimen económico, pactando el régimen de comunidad o cualquier otro (aunque ello le pueda acarrear consecuencias religiosas y civiles en Marruecos y allí sería ignorado).

Rumanía

No existe más que un solo régimen económico matrimonial posible: el régimen legal obligatorio de comunidad de bienes.

No pueden otorgarse capitulaciones matrimoniales. Es nula toda convención contraria al régimen legal.

El régimen matrimonial es inmutable.

No existe ninguna forma de publicidad, es lógico.

Para enajenar, disponer o constituir derechos reales sobre bienes inmuebles es necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Proyecto de reforma del Código Civil anunciado para finales de 2004, y que introduce la posibilidad de modificar el régimen legal por capitulaciones matrimoniales estableciendo incluso el régimen de separación de bienes.

Ecuador

Régimen Legal supletorio de comunidad de bienes (gananciales).

Se puede capitular antes o después del matrimonio y también modificar las capitulaciones matrimoniales de común acuerdo entre los cónyuges.

Cada cónyuge puede disponer de sus bienes privativos sin consentimiento del otro.

No existe un precepto similar al artículo 1320 del Código Civil de protección de la vivienda familiar.

Cuestión práctica. Matrimonio ecuatoriano residente en España en el que el marido es propietario, con carácter privativo de una vivienda que constituye el domicilio familiar.

Según la legislación ecuatoriana no necesita el consentimiento de la esposa para vender; según el artículo 1320 del Código Civil, sí. ¿Es norma de orden público al ser protectora de la familia?

Hacer referencia al artículo 10.1 del Código Civil.

Colombia

Régimen legal supletorio de comunidad de bienes diferida:

Como indica Simó Santonja, durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tienen la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse de la sociedad conyugal, se considera que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y, en consecuencia, se procederá a su liquidación.

Se pueden otorgar capitulaciones matrimoniales pero sólo antes del matrimonio.

La vivienda habitual únicamente puede enajenarse o gravarse con el consentimiento de ambos cónyuges.

Como especialidad establece la Legislación colombiana que son nulas las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles entre cónyuges, salvo el mandato general o especial.

Cuestión práctica. Matrimonio colombiano, residente en España, casado en régimen paccionado de separación de bienes, compra un piso al 50% cada uno. Entre ellos no pueden celebrar ningún contrato, por ejemplo, venta o extinción de condominio.

Sí lo podrían celebrar, tras el divorcio.

Reino Unido

No existe régimen económico en el matrimonio.

Cada cónyuge conserva su propio patrimonio y a estos efectos es como si no estuviese casado.

Para determinar a qué ordenamiento jurídico debe someterse el régimen económico de un matrimonio, según el Derecho Internacional Privado inglés, deben observarse los siguientes criterios:

- a) La nacionalidad de los cónyuges o contrayentes no es tomada en consideración.
- b) Se reconocerá eficacia tanto respecto de los bienes muebles como de los inmuebles a las capitulaciones matrimoniales —expresas o tácitas, públicas o privadas— otorgadas de acuerdo con las normas propias del lugar de celebración del matrimonio.

c) En defecto de capitulaciones, regirán las normas siguientes:

A los bienes inmuebles se les aplicará la ley correspondiente al lugar de su situación.

- El régimen jurídico de los bienes muebles vendrá determinado por las normas correspondientes al domicilio del marido.
- Para decidir sobre cuál sea su régimen económico habrá que preguntarse sobre la existencia de capitulaciones, sobre el lugar en el que el marido tenga su domicilio, sobre el lugar de situación de los inmuebles y sobre los ordenamientos jurídicos vigentes en dichos territorios, para establecer, respectivamente, el régimen de los bienes muebles y de los inmuebles.

China

El régimen legal supletorio es el de comunidad de bienes, en la que se integran todos los bienes propiedad de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, los que adquieran con posterioridad por cualquier título y los adquiridos por los hijos menores.

Cualquier cónyuge podrá disponer en pie de igualdad de los bienes comunes, ya sean aportados o adquiridos, salvo cuando se trata de los bienes de los menores sobre los que tan sólo ostentan la administración.

Pueden otorgar capitulaciones matrimoniales antes y durante el matrimonio.

No existe regulación de su publicidad y forma.

Normas de Derecho Internacional Privado chino:

- A los matrimonios mixtos (chino con extranjero) se les aplica la Ley de celebración del matrimonio.
- Los bienes inmuebles se rigen por la Ley de su situación y los muebles por la nacionalidad de su propietario.

Dos cuestiones prácticas:

1.^a ¿Qué Ley es aplicable al matrimonio entre español y china, celebrado en España y que ha fijado la residencia en China?

El artículo 9.2 CC: Ley china. Y según la Ley china: La ley de celebración, esto es, la española, luego, conforme al artículo 12.2 CC, será la Ley española.

2.^a Matrimonio chino propietario de un inmueble en España. Según la Ley china puede disponer uno solo de los cónyuges. Dos posibilidades:

- Dispone uno, acreditando el Derecho chino.
- Artículo 10.1 CC.

Comentar el supuesto si el inmueble transmitido es vivienda habitual.

IV. EXTRANJERÍA Y DERECHO SUCESORIO

INCIDENCIA DE LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO DE SUCESIONES COMÚN Y FORAL ARAGONÉS

Régimen del Código Civil

El artículo 9.8 CC dispone que «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren».

Nuestro ordenamiento jurídico elige la nacionalidad como punto de conexión para regular la sucesión de una persona, de tal manera que será la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento la que determine el sistema de legítimas, el orden de suceder abintestato, la responsabilidad por deudas de la herencia y todas las cuestiones relativas al fenómeno sucesorio.

Este criterio choca con las nuevas tendencias tanto en la UE como en otros países. Como ya he expuesto en la introducción de este trabajo, el Programa de Estocolmo y el proyecto de Reglamento europeo en materia de sucesiones establecen la Ley de la residencia del causante en el momento de su fallecimiento como ley reguladora de la sucesión, sin perjuicio de que éste pueda elegir que sea otra Ley la que resulte aplicable, por ejemplo, la Ley de su nacionalidad.

El criterio de la residencia está basado fundamentalmente en uno de los efectos de la inmigración que es la integración del inmigrante y su familia en su país de destino, que será normalmente donde tenga sus bienes y en la mayoría de los casos con una desvinculación patrimonial de su país de origen.

La cuestión tiene una importancia sustancial porque, dependiendo de la normativa que se aplique, pueden verse beneficiados unos u otros herederos. Así, por ejemplo, si como fruto de un testamento se otorga una herencia en España, habrá que tener en cuenta, en determinados supuestos, si han existido donaciones en vida de alguno de los herederos; sin embargo, en el Reino Unido estas donaciones no se tienen en cuenta a la hora de repartir la herencia. Esta diferencia normativa impide el pleno ejercicio del Derecho de propiedad, que forma parte integrante, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza la justicia comunitaria.

Además, es imprescindible determinar la legislación aplicable a la sucesión desde el punto de vista tributario, ya que hay notables diferencias entre la normativa de los distintos Estados comunitarios y, como en el caso de España, incluso grandes diferencias entre la legislación estatal y la autonómica.

El aumento de las relaciones jurídicas con presencia de elemento extranjero implica, de forma correlativa, el incremento de las cuestiones en las que ha de intervenir el sistema de normas que integran el cuerpo de Derecho Internacional Privado y en muchas ocasiones la consideración de las normas de ordenamientos no nacionales.

Y todo esto se manifiesta especialmente en materia sucesoria. La movilidad de las personas a lo largo de distintos Estados con diversos sistemas sucesorios origina una problemática

abundante que puede plantearse en dos momentos distintos: en vida del causante, cuando éste pretende otorgar testamento dirigido a ordenar su sucesión *mortis causa*, y a su fallecimiento, momento en el que habrá que determinar la legislación llamada a regir su sucesión.

Conforme al artículo 11 CC, las formas y solemnidades de los testamentos se regirán:

- Por la ley del país en que se otorguen.
- Por la ley aplicable a su contenido.
- Por la ley personal del disponente.

Los supuestos de doble nacionalidad a los efectos de terminar la ley personal los regula el artículo 9.9 CC. Y los de apatridia, el artículo 9.10 CC.

Será de aplicación la Ley española a los testamentos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero (artículo 11.3 CC).

Si los testamentos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación (artículo 11.1, párrafo 2).

Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. Sobre conflicto de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, ratificado por España el 16 de marzo de 1988.

El artículo 1 dice literalmente: «Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la ley interna de:

- a) del lugar en que el testador hizo la disposición, o
- b) de la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- c) del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- e) respecto a inmuebles, del lugar en que estén situados».

Plantear si el testamento mancomunado es una cuestión de forma o una cuestión de fondo ligado al estatuto personal del testador (este último criterio es el adoptado por parte de la doctrina española, por lo que, por ejemplo, no podrán hacer testamento mancomunado dos españoles, sujetos a derecho común, en Francia (que lo admite).

Las cuestiones de edad se consideran como cuestiones de forma.

Desde el punto de vista de la práctica notarial, expondremos los dos momentos de la actuación en materia sucesoria:

1.º Otorgamiento de testamento por extranjero

Cuando un extranjero comparece en la notaría para otorgar testamento debemos tener en cuenta:

- **Su identificación** a la que ya hemos hecho referencia anteriormente.
- Capacidad para otorgar testamento. Para unos Estados, la capacidad general de testar es un elemento del estatuto personal y está determinada por la ley nacional del testador al tiempo del otorgamiento del testamento (España, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos, Suecia, Luxemburgo).

En Dinamarca, donde el estatuto personal está regido por la ley del domicilio, la capacidad de testar también está regulada por la ley del domicilio del testador en la fecha del testamento.

Finlandia, aplica a la capacidad de testar alternativamente la ley sucesoria, la ley nacional o la del domicilio al día del otorgamiento.

En Irlanda y Gran Bretaña, en cambio, la capacidad para testar, al igual que ocurre con la sucesión, es distinta según se trate de bienes muebles o inmuebles.

En algunos países se anticipa a la mayoría de edad la edad mínima para testar:

España: catorce años. Salvo el ológrafo (mayoría de edad).

Alemania: dieciséis años. Salvo el ológrafo.

Austria: catorce años.

Francia, Bélgica y Luxemburgo: el mayor de dieciséis años puede testar para disponer de la mitad de sus bienes.

- Tener en cuenta lo dicho sobre el Convenio de La Haya en esta materia.
- Libertad de testar.

No siempre el ordenamiento jurídico reconoce entera libertad a la hora de designar sucesor y así podemos distinguir tres grupos:

- De libertad de testar. Permite, con absoluta libertad, disponer de los bienes tanto *inter vivos* como *mortis causa*.
- De sucesión forzosa. Es la ley la que determina el destino del patrimonio de una persona a su fallecimiento.
- De legítimas. Intermedio entre los dos anteriores. Una parte de libre disposición y otra forzosa.

— **Revocación.** En todos los países las disposiciones testamentarias tienen un carácter esencialmente renovable. Puede ser expresa o tácita. Incluso involuntaria; así en Argentina, el matrimonio posterior del testador presume la voluntad revocatoria. En nuestro ordenamiento jurídico citar el ejemplo del artículo 869.2 CC (disposición del bien con posterioridad al testamento y testamento hecho después de la disposición del bien por el testador. Los efectos son distintos: revocación del legado o legado de cosa ajena).

— **Registro de testamentos.** Una de las cuestiones fundamentales a la hora de garantizar que en la sucesión se cumpla la voluntad del testador es la de procurar que ésta sea

conocida después de su fallecimiento. Por ello en muchos países se establece un sistema de registro, por medio del cual se centraliza la información relativa a esta materia.

El incremento de la movilidad geográfica, hará cada vez más indispensable alguna suerte de interconexión entre los distintos registros nacionales. En esta idea se enmarca el Convenio de Basilea de 1972, así como el programa de Estocolmo y el proyecto de Reglamento europeo, que dentro de la UE presenta la creación de un Registro de AUV cuyo ámbito sean todos los países integrantes.

El Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, sobre establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos a petición del testador, establece que la inscripción se hará no solamente en el Estado en el que el testamento se haya otorgado, sino también en los demás Estados solicitados.

La Resolución DGRN de 18 de enero de 2005 se apoya en la prevalencia de la nacionalidad a la hora de regir la sucesión (artículo 9.8 CC). Sin embargo, no es éste un criterio señalado de manera unívoca en el derecho comparado. Por ello más que al registro de AUV correspondiente a la nacionalidad del causante, estimo más adecuado con Nuria Bouza Vidal (trabajo publicado en la revista *La Notaría* en junio de 2007) atender a aquel país donde, teniendo en cuenta las circunstancias, hubiera tenido el causante un vínculo más relevante, que normalmente será el de su residencia.

Recomendación. Cuando un extranjero comparece en la notaría para formalizar su testamento hay que advertirle:

- 1.º Que si su Ley nacional le permite optar por la Ley de su sucesión, puede hacerlo en el testamento y manifestar, por ejemplo, que al tener residencia en España y sus bienes estar sitos en España, que la Ley que rija su sucesión sea la española y dentro de España, a mi juicio, sólo podrá optar por la común o foral, que corresponda al lugar de su residencia.
- 2.º Que si es propietario de bienes en España y en su país, que puede optar:
 - Por disponer en el testamento de todos los bienes. Y hacerle las advertencias oportunas, en especial la tramitación a seguir para que el testamento a su fallecimiento produzca efectos en su país de origen.
 - Por disponer únicamente de sus bienes en España. Los sitos en su país se regirán por otro testamento, otorgado al efecto en su país o en su caso por la Ley de la sucesión que corresponda aplicar.

En ambos casos debe especificar el ámbito de su testamento.

2.º Cuando se trata de formalizar en la notaría la escritura de aceptación y partición de herencia de un causante extranjero debemos tener en cuenta

1.º La nacionalidad que tenga en el momento de su fallecimiento (artículo 9.8 CC) que será la Ley que rija la sucesión. Y se acreditará por certificación diplomática o consular de su país.

También acreditará la residencia en España por medio del empadronamiento.

Poner dos ejemplos:

- Fallecido extranjero cuya ley nacional determine que la Ley de la sucesión es su propia ley nacional. No hay problema y ésta será la ley a tener en cuenta a la hora de formalizar la sucesión (artículo 12.2 CC).
- Fallecido extranjero cuya ley nacional determina que la ley de su sucesión es la de su residencia. Si el extranjero reside en España, conforme al artículo 12.1 CC será la Ley española la que regule la sucesión; pero si el extranjero reside en un tercer país, no afecta al Derecho español, excepto en el caso de que tenga bienes inmuebles en España y su Ley nacional disponga que la legislación aplicable sea la ley de la situación de los bienes inmuebles.

2.º Acreditación de la legislación aplicable a la sucesión. Y ello mediante certificación de autoridad competente de su país (diplomática o consular) haciendo constar la legislación vigente en la materia al tiempo del fallecimiento.

3.º Acreditación documental de la relación matrimonial, de filiación o parentesco de los que resultan herederos o legitimarios de acuerdo con la legislación aplicable.

4.º Existencia o no de testamento. Cuando se trate de bienes sitos en España, el certificado del RGAUV nos servirá para formalizar la herencia en base al testamento otorgado y en su defecto para hacer la correspondiente acta de declaración de herederos abintestato. En relación a esto haremos dos precisiones:

- Si ha otorgado testamento debemos relacionarlo con la legislación aplicable a la sucesión para comprobar si está hecho de acuerdo a ella o hay, por ejemplo, lesión de derechos legitimarios.
- Si no ha otorgado testamento hay que hacer el acta notarial de herederos abintestato o la declaración judicial, según proceda. Y ello de acuerdo con el artículo 979 LEC.

Este último punto nos lleva a examinar la cuestión de la **competencia del notario español para tramitar el acta de notoriedad de declaración de herederos de un causante extranjero**.

Conforme a la Resolución DGRN de 18 de enero de 2005, cabe afirmar la competencia del notario español, en los términos del artículo 209 bis del Reglamento Notarial, para llevar a cabo la declaración de herederos abintestato de un causante extranjero residente en España.

Como ya hemos indicado, el punto de conexión de la nacionalidad del causante como criterio de la ley aplicable a la sucesión se considera poco acorde con la situación actual de España como país receptor de emigración.

Derecho común y derecho aragonés

Si como consecuencia de los criterios expuestos anteriormente resulta que a la herencia de un nacional extranjero se le aplica la Ley española (por ejemplo, porque su ley nacional dispone que la ley de la sucesión es la de la residencia del causante en el momento de su

fallecimiento, y éste reside en España), la legislación aplicable será la común o foral dependiendo del lugar de su residencia.

Como decíamos al referirnos al régimen económico del matrimonio, estudiar aquí las diferencias entre el Derecho Civil Común y el Foral aragonés, en relación al derecho de sucesiones, resultaría demasiado extenso. No obstante, señalaré algunas especialidades:

- El derecho aragonés regula el testamento mancomunado (artículos 102 a 107 LS en Aragón). El derecho común lo prohíbe (artículo 670 CC).
- Diferencias en el sistema legitimario en ambos derechos.
- Derechos del cónyuge viudo. Ya hemos estudiado esta cuestión al comentar el Derecho de familia.
- Sucesión en los bienes troncales y en recobros (artículos 209 a 213 de la Ley Sucesiones en Aragón) frente a los artículos 811 y 812 CC.
- La fiducia sucesoria aragonesa (artículos 124 a 148 de la Ley de Sucesiones en Aragón) frente al limitadísimo artículo 831 CC.
- Especialidad «muy especial» del consorcio foral aragonés (artículos 58 a 61 de la Ley de Sucesiones en Aragón).

REFERENCIA A DETERMINADOS ASPECTOS SUCESORIOS EN LOS PAÍSES CON MÁS INMIGRACIÓN EN ESPAÑA

Marruecos

- **Capacidad para otorgar testamento.** Ser mayor de edad y capaz.
 - En testamento, el testador únicamente puede disponer de un tercio de sus bienes y a favor de legatarios. Los legatarios no pueden ser herederos, salvo consentimiento expreso de todos los herederos no beneficiados por el legado.
 - Dos tercios de la herencia están determinados por la Ley.
 - Para suceder se exige o bien un lazo matrimonial, un lazo parental o un lazo religioso, es decir, musulmán (un no musulmán no puede heredar a un musulmán, ni viceversa).
 - El hombre hereda el doble que la mujer.
 - Con la herencia se crea una indivisión por cuotas, en la que participan los padres, cónyuge, hijos y esposa o esposas (puede tener hasta cuatro) del finado.

Ejemplo: El causante deja a su fallecimiento una o varias viudas, madre, un hijo y una hija.

La madre y la viuda son herederos *fard*; la viuda tiene derecho a 1/8 de la herencia (si hubiera más de una viuda, todas ellas se lo repartirían a partes iguales), la madre a 1/6 de ella.

Los hijos son herederos *aceb* y tienen derecho al resto de la sucesión, aunque la hija heredará la mitad que su hermano.

Si además de la madre hubiera sobrevivido el padre, la sexta parte de la herencia será para ambos, heredando el padre el doble que la madre.

— En Marruecos no existe impuesto de sucesiones.

Rumanía

— **Capacidad para testar.** Mayoría de edad y capaz.

- El testamento puede ser: público-notarial, ológrafo y redactado por el testador y depositado ante un Tribunal.
- En Rumanía existe un registro nacional de testamentos públicos (notariales) gestionado en un formato electrónico por la Unión Nacional de Notarios Públicos.
- El testamento es válido si se adecua a una de las siguientes legislaciones:

Ley nacional del testador.

Ley del domicilio del testador.

Ley del lugar de situación del inmueble objeto del testamento.

— Son legitimarios:

— Los hijos (sus hijos o sus nietos en caso de que los hijos hayan premuerto).

— **La legítima es:** 1/2 si existe un solo hijo.

2/3 si existen dos hijos.

3/4 si existen tres o más hijos.

— En defecto de descendientes son legitimarios los padres.

La legítima de los padres es:

- 3/4 si sobrevive uno.
- 1/2 si sobreviven los dos.

— Sucesión abintestato.

- Si el causante fallece soltero y sin descendientes.
- 1/2 para los padres y 1/2 para los colaterales privilegiados. Si sólo vive un padre: 1/4 y 3/4 a los colaterales privilegiados.
- Si el causante fallece casado y con descendientes.
- 1/4 para el cónyuge y 3/4 a los hijos (juega el derecho de representación).
- Si el causante fallece sin descendientes, ni ascendientes, ni colaterales hasta el cuarto grado, hereda el cónyuge.

- Si el causante fallece viudo y con hijos, éstos serán los herederos a partes iguales. Con relación a los premuertos se aplica la representación por stirpes.
- La Ley que regula la sucesión:
 - Bienes muebles. La ley nacional del causante en el momento del fallecimiento.
 - Bienes inmuebles y fondos de comercio. La ley de su ubicación.

Ecuador

- **Capacidad para testar.** Ser mayor de edad y capaz.
- El testamento puede ser: abierto, cerrado y otorgado en país extranjero, con las solemnidades correspondientes a las leyes del país en que se otorgó.
- Existe también un procedimiento judicial y/o notarial similar al acta o auto de declaración de herederos abintestato español.
- La sucesión se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento.
- **Sistema legítimo:**
 - 1/2 para los hijos.
 - 1/4 como mejora para descendientes, sean o no legítimos.
 - 1/4 de libre disposición.

En defecto de descendientes, son legítimos los padres y la cuantía de la legítima es 1/2 y la otra mitad es de libre disposición.

La porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación. En Ecuador, Colombia, Honduras y Nicaragua depende de la necesidad económica de la viuda, según lo determina la autoridad. Es 1/4 de los bienes de la herencia.

- **Orden de suceder abintestato:**
 - Hijos y descendientes.
 - En su defecto: 1/2 ascendientes de grado más próximo y 1/2 cónyuge.
 - No habiendo ascendientes, todo para el cónyuge.
 - No habiendo cónyuge, todo para los ascendientes.
 - En su defecto: los hermanos, y juega el derecho de representación.
 - Si sólo hay sobrinos, éstos concurren con el Estado, de la siguiente forma: El Estado recibirá 1/2 si concurre con un sobrino; 1/3 si hubiere dos, y 1/4 si hubiere tres o más.
 - No existe Registro General de Actos de Últimas Voluntades.

Colombia

- **Capacidad para testar.** Mayor de edad y capaz.
- La sucesión se rige por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales.
- **Orden de suceder abintestato.**
 - 1.º Los hijos (juega el derecho de representación).
Igualdad de los matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos. Sin perjuicio de la porción conyugal.
 - 2.º En defecto de descendientes le sucederán los ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas.
En la sucesión del hijo adoptivo en forma plena, los adoptantes excluyen a los ascendientes de sangre. En la sucesión de hijo adoptivo en forma simple, los adoptantes y los padres de sangre recibirán igual cuota.
 - 3.º En defecto de descendientes y ascendientes, le sucederán sus hermanos y su cónyuge; una mitad para los hermanos y la otra mitad para el cónyuge.
A falta de hermanos hereda el cónyuge, y a falta de cónyuge heredan los hermanos.
 - 4.º A falta de todos ellos el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- **Carácter unipersonal del testamento:** No cabe el mancomunado.

Reino Unido

- La libertad de testar es absoluta. No existe la legítima.
- No tiene incidencia alguna el régimen matrimonial.
- **Orden de delación de las herencias abintestato causadas con posterioridad al día 1 de junio de 1987.**
 - 1. Si sólo sobrevive el cónyuge, él será el único heredero.
 - 2. Si concurren el cónyuge y los descendientes:
 - Corresponderá al cónyuge el legado legal de 75.000 libras esterlinas, el mobiliario, enseres y ajuar doméstico de uso personal y el usufructo de la mitad de la herencia.
 - Los descendientes heredarán el resto, por cabezas o por estirpes, según el grado de parentesco.
 - 3. Si concurren a la sucesión el cónyuge y los padres del causante:

- Corresponderá al cónyuge el legado legal de 125.000 libras esterlinas, el mobiliario, enseres y ajuar doméstico de uso personal y la mitad de la herencia, en pleno dominio.
 - La otra mitad de la herencia será para los padres, por partes iguales.
4. Si concurren el cónyuge y hermanos/hermanas o sus respectivos descendientes (por premoriencia de los últimos):
- Corresponderá al cónyuge el legado legal de 125.000 libras esterlinas, el mobiliario, enseres y ajuar doméstico de uso personal y la mitad de la herencia, en pleno dominio.
 - Los hermanos/hermanas o sus descendientes tendrán derecho a la otra mitad de la herencia, que se repartirá entre ellos por cabezas (hermanos/hermanas) o por estirpes (sus descendientes).
5. Si sólo concurren los descendientes del causante, ellos heredarán por cabezas o por estirpes (según su grado de parentesco con el último).
6. Si sólo concurren los padres del causante, la herencia les corresponderá a ellos (por partes iguales).
7. Si concurren hermanos/hermanas de doble vínculo y sus respectivos descendientes (en caso de premoriencia de los primeros), todos ellos serán llamados a la herencia (por cabezas los hermanos/hermanas y por estirpes sus descendientes).
8. Si concurren hermanos/hermanas de vínculo sencillo y sus respectivos descendientes (en caso de premoriencia de los primeros), todos ellos serán llamados a la herencia (por cabezas los hermanos/hermanas y por estirpes sus descendientes).
9. Si concurren los abuelos, la herencia se repartirá entre ellos y por mitades.
10. Si concurren tíos/tías del causante (de doble vínculo) y sus respectivos descendientes (en caso de premoriencia de los primeros), todos ellos serán llamados a la herencia (por cabezas los tíos/tías y por estirpes sus descendientes).
11. Si concurren tíos/tías del causante (de vínculo sencillo) y sus respectivos descendientes (en caso de premoriencia de los primeros), todos ellos serán llamados a la herencia (por cabezas los tíos/tías y por estirpes sus descendientes).
12. En ausencia del cónyuge y de los parientes citados heredará la Corona (con las especialidades apuntadas anteriormente).

China

- Capacidad para testar. Mayor de edad y capaz.
- Hay derechos territoriales especiales.
- Orden de suceder abintestato.

Hay dos órdenes de suceder:

1.º Cónyuge, hijos y padres.

- El cónyuge viudo del hijo del causante que haya contribuido a mantener a sus suegros, será considerado como sucesor de primer orden.
- Los hijos incluyen: matrimoniales, no matrimoniales, adoptados y los hijastros que hayan sido mantenidos o hayan mantenido al causante.
- Los padres incluyen: naturales, adoptivos y padrastros que hayan mantenido o sido mantenidos por el causante.

2.º Hermanos (que incluyen también a los medio hermanos, adoptados y hermanastros) y abuelos.

Los llamados del mismo orden heredarán por partes iguales.

- No existen derechos legitimarios. Pero sí existen personas vinculadas al causante, bien por haber sido mantenidas o haber mantenido al causante en vida y que tienen derecho a recibir una porción de la herencia para satisfacer sus necesidades, aunque se trate de personas que no sean sucesores legales.

ASPECTOS FISCALES. LEY ISD 29/1987, DE 18 DE DICIEMBRE

La legislación no contiene normas específicas relativas al ámbito internacional de aplicación del impuesto, pero sí contiene normas delimitadas de la obligación de tributar por obligación personal y obligación real que de manera indirecta delimitan el ámbito internacional del Tributo.

Dos son los criterios fundamentales para determinar la sujeción al ISD: la residencia del sujeto pasivo y la situación de los bienes y derechos que integran el hecho imponible, de tal forma que en principio quedan sujetos todos los incrementos patrimoniales gratuitos que perciban los residentes —sujeción por obligación personal— y, respecto de los no residentes —sujeción por obligación real—, sólo tributan en cuanto a los bienes y derechos que integren el hecho imponible situados en España.

Estos criterios tienen que ser matizados por los Tratados Internacionales firmados por España (Grecia, 1919; Francia, 1963, y Suecia, 1964), así como lo dispuesto en el artículo 23 LISD, que se refiere a la deducción por doble imposición internacional.

«Artículo 23. Deducción por doble imposición internacional.—1. Cuando la sujeción al impuesto se produzca por obligación personal, tendrá el contribuyente derecho a deducir la menor de las dos cantidades siguientes:

- a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de impuesto similar que afecta al incremento patrimonial sometido a gravamen en España.
- b) El resultado de aplicar el tipo medio efectivo de este impuesto al incremento patrimonial correspondiente a bienes que radiquen o derechos que puedan ser ejercitados fuera de España, cuando hubiesen sido sometidos a gravamen en el extranjero por un impuesto similar».

Concepto de residencia habitual en España

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley del IRPF con la matización que introduce el artículo 17 RISD se entiende que el sujeto pasivo tiene la residencia habitual en España cuando se den cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Que permanezca más de 183 días en relación a los 365 días anteriores al devengo del impuesto en territorio español. El devengo se verifica en las transmisiones *mortis causa* al fallecimiento del causante y en las donaciones, cuando se formaliza el acto o contrato gratuito.

Como ya hemos indicado, este criterio ha sido modificado en el siguiente sentido: «La residencia resulta del mayor número de días en los últimos cinco años» (artículo 28 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre). Sin embargo, a mi juicio, sólo se aplicará al ámbito del derecho interregional y no al internacional.

- Que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades empresariales o profesionales o de sus intereses económicos, de forma directa o indirecta.

Además, las indicadas reglas generales se complementan con una serie de presunciones y reglas especiales que tienden a evitar los traslados ficticios:

- Presunción, salvo prueba en contrario, de que el sujeto pasivo tiene la residencia habitual en territorio español, cuando residan habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél.
- Las ausencias esporádicas del contribuyente se consideran como permanencia en España, salvo que aquél acredite su residencia fiscal en otro país.

Tributación por los bienes y derechos situados en España (por obligación real)

Para que una persona esté sujeta por obligación real deben cumplirse acumulativamente los siguientes requisitos (artículo 18 RISD):

1. No estar sujeta por obligación personal, es decir, ser no residente.
2. Los bienes adquiridos deben ser:
 - Inmuebles que radiquen en España.
 - Muebles afectados permanentemente a inmuebles que radiquen en España.
 - Demás bienes que habitualmente se encuentren en España, aunque circunstancialmente se encuentren fuera de este territorio.
3. Si se trata de seguros sobre la vida, debe ocurrir:
 - Que la compañía aseguradora sea española.
 - Que siendo extranjera se celebre el contrato en España, con entidad que opere en territorio español.

- En la Tributación por obligación real la Hacienda competente y la normativa aplicable es la estatal, excepto casos singulares del País Vasco y Navarra. No obstante, la DGT en consulta de 20 de noviembre de 2009 considera en las sucesiones *mortis causa* que la Hacienda competente respecto de todos los sujetos pasivos es la correspondiente a la CA donde el causante hubiera tenido su residencia habitual.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales*, Santiago de Compostela, 2004.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, 2000.
- CARBALLO PIÑEIRO, L., «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional», en *Anuario español de derecho internacional privado*, N.º 1, 2001, p. 485.
- DE FUGARDO ESTIVILL, J.M., *Extranjería: Función notarial y Derecho Documental*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional*, Valencia, 2003.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, M.J., «Virtualidad actual del principio de equiparación del status del extranjero con el nacional ante los derechos civiles», *La Ley*, 2005-3, pp. 1754-1757.
- MARTÍNEZ LASSIERRA, I., «Aplicación del Derecho Civil a los extranjeros», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 285 a 306.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 139 y ss.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos*, 2 vols., Aranzadi, Pamplona, 2010.
- PÉREZ MILLA, J., «(In)seguridad jurídica, reenvío sucesorio, prueba del Derecho extranjero y Derechos territoriales españoles», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 307 a 326.
- QUIÑONES ESCAMEZ, J., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000.
- VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 42, 2004, pp. 201 a 203.
- ZABALO ESCUDERO, E., *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, 2000, pp. 109 y 110.
- VVAA: *El derecho de familia ante el S. XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004.
- VVAA: *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001.
- VVAA: *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo: resolución denegatoria del Ministro del Interior. Petición de suspensión: auto desestimatorio y posterior desestimación de recurso de súplica. Recurso de casación: motivación de la desestimación genérica. Estimación: los argumentos para no conceder la medida cautelar podrían servir para un gran número de supuestos análogos. Nueva valoración de la solicitud de suspensión: desestimación.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **18 de marzo de 2011**

Recurso de Casación: **1698/2010**

Ponente: **Don Eduardo Espín Templado**

Voz: **Solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo: petición de suspensión. Nacionalidad rusa**

Ha de reseñarse que, conforme ha declarado el Tribunal Supremo, la valoración en estos casos de la medida cautelar ha de atender primordialmente a la apariencia de riesgo de persecución por alguna de las razones que justifican la concesión de asilo, a la luz de las condiciones objetivas del país de origen (Sentencia de 5 de junio de 2003) y, también, en función de las circunstancias personales del solicitante de asilo, sin olvidar que existe un interés público en que la institución del asilo no se desnaturalice y se transforme en un mecanismo de emigración fraudulenta (Sentencia de 23 de noviembre de 2007).

En el supuesto de autos las referencias que, por remisión al documento acompañado con la solicitud, se hacen a los avatares de la solicitante, de nacionalidad rusa, conjugadas con lo expuesto en la resolución impugnada, no permiten apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar solicitada. En este sentido, de accederse a dicha medida, se estaría dando prevalencia a lo manifestado por la actora en la vía administrativa,

sin que concurriera ninguna circunstancia nueva que no hubiera sido considerada por la Administración al resolver la solicitud de asilo.

(...)

Sostiene la parte en el primer motivo que la motivación de los Autos impugnados es insuficiente por cuanto esgrime argumentos genéricos y ambiguos, sin entrar en los hechos objeto del recurso con precisión y claridad, en unas resoluciones que podrían considerarse una suerte de plantilla para todos los recursos. A continuación se extiende en las alegaciones en las que la parte justifica la solicitud de asilo y que habrían sido ignoradas por la Sala de instancia.

Tiene razón la actora y es preciso estimar el motivo. De las consideraciones que se exponen en ambos Autos, reproducidos *supra*, no se puede deducir que la Sala juzgadora haya tomado en consideración las razones que abonarían la justificación de la adopción de la medida cautelar. Tal como denuncia la recurrente los argumentos de la Sala son genéricos y servirían igualmente para un gran número de supuestos análogos de solicitud de idéntica medida cautelar, sin la

menor referencia a las circunstancias narradas por la recurrente ni al juicio que las mismas han merecido al instructor del expediente. Así las cosas no es posible admitir que la motivación de los Autos impugnados cumpla con las exigencias constitucionales impuestas por derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

(...)

Casados y anulados los Autos impugnados procede resolver sobre la petición de suspensión de la resolución del Ministro del Interior de 11 de noviembre de 2008. Pues bien, el examen del expediente pone de relieve que la solicitante no ha aportado documentación alguna, constando sólo, por tanto, su declaración sobre una serie de amenazas y presiones a ella y su familia originadas a partir de finales de 2002 por la pretensión de un individuo de origen caucásico de que se casara con él o, inmediatamente después, que lo hiciera con otro individuo que él le señalaba. La peticionaria liga dicha persecución a los conflictos interétnicos que se producían en Rusia en dicha época.

Pues bien, dicha narración, ayuna de cualquier soporte documental, ofrece al menos en sede cautelar, como expone el instructor, una dudosa verosimilitud. Así, subraya el origen ruso de la solicitante, cuando la población en principio perjudicada por los conflictos interétnicos en la zona en que ocurrieron los hechos (área de Stavropol, principal ciudad rusa del Cáucaso Norte) eran más bien los de origen caucásico y religión musulmana. Por lo demás, toda la historia de acoso narrada por la recurrente parece más bien responder, en principio, a delincuencia común, antes que a amenazas motivadas por razones étnicas, religiosas o ideológicas. En consecuencia, a reserva del examen de fondo que la Sala de instancia haga en su momento de la veracidad y naturaleza de las circunstancias a las que se refiere la recurrente, el examen liminar no permite acceder a la suspensión solicitada pese a las posibles consecuencias que la misma pudiera acarrear en relación con su permanencia en España, en detrimento de los intereses públicos asociados al recto uso del derecho al reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo.

Ciudadano colombiano perseguido en su país: solicitud del derecho de asilo. Prueba de la persecución: panfletos de las FARC que ha encontrado en el domicilio familiar a la vuelta del Servicio Militar. Denegación procedente: escasa fiabilidad de la descripción de las amenazas y dudosa autenticidad de la documentación. Permanencia en España por razones humanitarias: doctrina jurisprudencial sobre el artículo 17.2 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 24 de marzo de 2011

Recurso de Casación: 5857/2007

Ponente: Don Eduardo Espín Templado

Voz: Solicitud de asilo: ciudadano colombiano. Razones humanitarias

Ha de tenerse en cuenta, además, que según el informe del Instructor del expediente, el Once Frente de las FARC —cuyo Comandante aparece como autor de las supuestas amenazas— es un grupo que opera, no en el Departamento del Valle de Cauca, región colombiana situada entre los Andes y el Pacífico, cuya capital es Santiago de Cali, ciudad de donde están datados los documentos amenazantes, sino en el

Departamento de Boyacá, situado a unos 400 kilómetros de distancia. No parece razonable que todo un Frente de las FARC se desplace desde tan considerable distancia con el solo fin de amenazar al recurrente y a sus familiares. Sobre esta cuestión la demanda guarda el más absoluto silencio, cuando hubiera sido sumamente sencillo cuestionar tal aserto de la Administración.

En cuanto a las denuncias efectuadas ante la Policía y la Fiscalía de Santiago de Cali, el informe del Instructor constituye todo un paradigma sobre la manipulación de este tipo de documentos, y aunque es cierto que las consideraciones que en aquél se hacen se refieren en su mayor parte a la madre del recurrente, son perfectamente extrapolables a la documentación aportada por éste.

Por lo demás, *a sensu contrario* de lo que en la demanda se dice, consta en las actuaciones —aportada por la Abogacía del Estado—, además de un informe del Alto Comisionado para los Refugiados en el que se interesa la admisión a trámite de la solicitud de asilo —expediente administrativo—, una certificación del Secretario de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio en la que se hace constar que, previa preceptiva convocatoria, el Representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados asistió a la reunión celebrada el 26 de octubre de 2005, con objeto de estudiar la solicitud de asilo del recurrente.

(...)

«El expresado precepto —artículo 17.2 de la Ley 5/1984—, tras haberse establecido en el número anterior que la inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud de asilo determinarán el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión del territorio español, según los casos, del extranjero, si careciera de alguno de los requisitos para entrar o permanecer en España de acuerdo con la legislación general de extranjería, añade que por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España de interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere en número 1 del artículo tercero de esta Ley».

«Nos encontramos en este precepto con una previsión del legislador para que la Administración pueda autorizar al extranjero en quien no concurren los requisitos del artículo 3.1 de la Ley a permanecer en España, confiriendo de este modo a la Administración la posibilidad de valo-

rar la situación concreta del solicitante de asilo con un margen de discrecionalidad para resolver».

(...)

El motivo no puede prosperar. La Sala de instancia efectúa en el fundamento de derecho tercero, reproducido más arriba, un examen de los hechos y circunstancias narradas por el solicitante de asilo así como del informe del instructor y llega a la conclusión, razonable y justificada de forma motivada, de la escasa fiabilidad de la descripción de las amenazas y de la dudosa autenticidad de la documentación aportada. Nada dice al respecto el recurrente en su motivo, con excepción de la referencia a que basta enviar a una sola persona para ejecutar las amenazas. El examen del expediente por parte de esta Sala conduce a la conclusión de que las valoraciones fácticas de la Sala de instancia no pueden calificarse de irrazonables, inmotivadas o incursas en error patente, por lo que no pueden ser revisadas en esta sede casacional, según reiterada jurisprudencia sobre el alcance del recurso de casación.

(...)

En el tercer motivo la parte se limita a manifestar su disconformidad con la apreciación de la Sala de instancia de que no existen razones humanitarias o de interés público para autorizar su permanencia en España dado que, afirma, su integridad física y su vida estarían en peligro de tener que regresar a Colombia.

Tampoco puede prosperar este tercer motivo, formulado con carácter subsidiario. La Sala de instancia expone en el fundamento cuarto de la Sentencia impugnada, transcrito *supra*, que el recurrente nada alegó en el expediente administrativo y que, por otra parte, no considera que concurren las circunstancias humanitarias o de interés público que se alegan. En definitiva, al no haber otorgado la Sala de instancia verosimilitud, siquiera indiciaria, a las circunstancias de peligro y amenaza que se aducen, ni alegar el recurrente causas humanitarias de otra naturaleza, es congruente que no se aprecie la concurrencia de las circunstancias legales para otorgar la autorización de permanencia contemplada en el artículo 17.2 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

Ciudadanos colombianos: solicitud del derecho de asilo. Prueba de la persecución: llamadas telefónicas. Denegación: no se justifican los «indicios suficientes» que exige la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Impugnación en casación: Desestimación porque la persecución no reviste la intensidad o el rigor necesarios ante los que resultarán ineficaces o insuficientes las medidas de protección del Estado de los solicitantes.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **29 de marzo de 2011**

Recurso de Casación: **46/2008**

Ponente: **Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza**

Voz: **Denegación de asilo por ausencia de indicios. Ciudadanos colombianos**

(...) Pues bien, los promoventes nada han acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución encuadrable en el régimen jurídico de asilo, asumiendo la Sala en su plenitud el detallado, elaborado y extenso Informe de la Instrucción (...), del que se desprende, en relación con el resto de extremos contenidos en el trámite administrativo, la más que cuestionable fiabilidad de las alegaciones vertidas por los interesados, en todo caso referente a problemas derivados de la delincuencia común: «El presente informe de instrucción se realiza conjuntamente para los cinco expedientes arriba mencionados por un doble motivo.

En primer lugar, los solicitantes a que corresponden dichos expedientes son familia directa. En el primero se encuentra la solicitante principal, en el segundo su hijo, en el tercero y el cuarto, dos sobrinos con sus respectivas familias y en el quinto, una hermana de la misma con su compañero.

En segundo lugar, la persecución alegada por los solicitantes es la misma, por los mismos motivos y traducida en unos mismos incidentes en que se habrían visto involucrados».

Procede en este punto hacer mención de las alegaciones de uno de los sobrinos de la solicitante, que resultan absolutamente contradictorias con el relato de Rosario. Virgilio, el sobrino de la solicitante, indica que las amenazas contra su tía podrían proceder de su negativa a participar en el pasado en un «laboratorio» para la fabricación de droga. Estas alegaciones (que podrían tener más «lógica» que las de la solicitante, dada su condición de bioquímica) entran

en abierta contradicción con lo alegado por la solicitante principal. Además, en el supuesto de ser éste el verdadero motivo de las supuestas amenazas, tampoco tendría relación alguna con los motivos de la Convención de Ginebra de 1951. En cualquier caso, ni la solicitante principal, ni el resto de la familia a excepción de Virgilio, hacen mención en ningún momento de este hecho, por lo que no cabe hacer conjeturas relativas a si podría suponer un riesgo real para la solicitante o no, el hecho de haberse negado (siempre también supuestamente) a colaborar en el pasado con supuestos narcotraficantes.

Hay otros aspectos que hacen que las alegaciones de la solicitante con relación a las supuestas amenazas sufridas por ella resulten poco creíbles y es el hecho de que dichas amenazas ocurran a lo largo de todo un año con bastante frecuencia y, pese a que no logran su supuesto objetivo (que no es otro que la solicitante abandone la zona) siguen limitándose a llamar sin «pasar a mayores». Sean o no paramilitares los supuestos agentes de las también supuestas amenazas, no resulta verosímil que dediquen un año entero a realizar llamadas sin obtener ningún tipo de resultado.

Cualquier agente de persecución (incluidos los paramilitares), tras un par de intentos de intimidación, suele intentar la ejecución de un atentado si no han conseguido doblegar la voluntad de la persona presionada. Esta presión paciente y continuada a lo largo de un año contra Rosario, que además era una ciudadana fácilmente accesible y sin protección alguna, no resulta creíble en cuanto a forma de persecución, ya sea

de los paramilitares (tal y como la familia parece apuntar en cuanto al agente de persecución) desgraciadamente célebres por sus sangrientos, brutales y arbitrarios asesinatos, en cualquier otro (narcotraficantes, guerrilla...).

Virgilio indica que empezó a recibir amenazas en junio de 2005, dos meses antes de la muerte de su tío y un mes antes de que su tía se marchara del país. A él también le pedían que se fuera, pero en tal caso, y puesto que todos vinculan las amenazas a las de su tía, no queda claro por qué no habían vuelto a llamar a Rosario (las últimas llamadas que ésta recibe fueron en abril, y era ella la que querían que se fuera y para junio seguía en el país) o por qué no le habían indicado a su sobrino que le dijera a su tía que se fuera, o sencillamente, por qué no habían hecho referencia a su tía en esas llamadas, puesto que supuestamente para entonces no era Virgilio el objetivo (siempre si tenemos en cuenta el relato que los solicitantes pretenden establecer, es decir, que perseguían a su tía por ser «maestra sindicalizada»). La frecuencia de las amenazas tampoco resulta creíble, ¡nada menos que cuatro veces por semana! (cuando su tía venía a recibir una al mes o cada 15-20 días, es decir, no coincide el *modus operandi* de los agentes de las supuestas amenazas). Tampoco tiene congruencia el momento en que comienzan las supuestas llamadas a Virgilio, es decir, cuando la tía todavía no se ha ido. Pero, si él además era uno de los cuatro restantes que querían que se fuera, no se entiende por qué no comenzaron esas llamadas a estos cuatro (a los cuatro al mismo tiempo) en el mismo momento en que comenzaron las supuestas llamadas a su tía, es decir, abril de 2004 o fechas aproximadas.

(...)

A la luz de la anterior doctrina, y teniendo en cuenta los límites derivados de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que impide alterar los hechos declarados probados por la Sala de instancia, aunque no revisar la calificación sobre si los hechos acreditados constituyen o no persecución, según sostuvimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 30 de marzo de 2006, debemos referir que, en el supuesto enjuiciado, apreciamos que no existen «indicios suficientes» en el expediente administrativo ni en el recurso contencioso-administrativo, que

no se recibió a prueba, que avalen la existencia de temores fundados de persecución por razones de carácter político contra los recurrentes sobre la que sustentar una demanda de la protección que dispensa el asilo, más allá de la circunstancia descrita de la grave situación de criminalidad que sufre el país de origen, sobre la que se aportó documentación, y de la expresión de un relato fáctico centrado en las amenazas que padeció la tía del solicitante principal, D.^a Rosario, a la que propusieron, por sus conocimientos en química, trabajar en un laboratorio clandestino de fabricación de drogas, que se extendieron a los familiares solicitantes de asilo, y que estaban relacionadas con el fallecimiento de D. Armando.

Por ello, no cabe apreciar que el razonamiento de la Sala de instancia, en la interpretación del artículo 3 de la Ley 5/1994, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, sea arbitrario, pues cabe tener en cuenta que las personas solicitantes de asilo no ponen en relación los temores fundados a sufrir persecución con las causas concretas de índole política que dan lugar a la concesión del derecho de asilo, a las que se ha hecho referencia, pues no basta con aludir, en apoyo de la pretensión de asilo, a la situación social de Colombia, o a consideraciones subjetivas sobre la actividad criminal ejercida, en este supuesto, por «agentes distintos de las autoridades del país de origen», que no se identifican.

En este sentido, consideramos, coincidiendo con la valoración de la Sala de instancia, que la documentación aportada por los recurrentes en el expediente administrativo, referida a acreditar la interposición por D. Virgilio de una denuncia ante la Fiscalía de Zarzal Valle por un supuesto delito de amenazas y el asesinato de su tío D. Armando, no justifica que concurra el presupuesto de «indicios suficientes» que exige el citado artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, al no demostrarse la conexión entre el hecho del fallecimiento de un familiar y las amenazas sufridas por los solicitantes de asilo, a los efectos de ser consideradas constitutivas de persecución protegible. Tampoco apreciamos que se pueda considerar, en este supuesto, tal como implícitamente sostiene la Sala de instancia, que la persecución

que se describe, basada en amenazas realizadas por llamadas telefónicas si no se colabora en actividades relacionadas con la elaboración de drogas, revista la intensidad y el rigor necesarios para configurar un supuesto grave, ante el que resultaran ineficaces o insuficientes las medidas de protección que pudiera adoptar el Estado colombiano del que son nacionales.

En último término, debemos referir que la Sala de instancia no yerra a confirmar, implí-

citamente, la apreciación del Instructor del expediente de que los relatos de los hechos que determinaron la salida de Colombia no guardan la debida coherencia ni revisten la concreción exigible para poner de manifiesto la existencia de «indicios suficientes» sobre la concurrencia del presupuesto de persecución protegible, contemplada en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

Solicitud de asilo por persecución en su país de origen. Aporta como prueba informe psicológico. Prueba insuficiente para acreditar la persecución y ya valorado en instancia previa. Desestimación.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 29 de marzo de 2011

Recurso de Casación: 6599/2009

Ponente: Don Pedro José Yagüe Gil

Voz: Nacional de Rusia: inexistencia de la persecución alegada. Asilo denegado

«La recurrente en su solicitud de asilo presentada el 1 de julio de 2005 manifestó que a su marido le mataron en la guerra de 1993 por ser checheno, tras lo cual se trasladó con sus hijos al pueblo de sus padres; el mayor de sus tres hermanos es jefe de la policía de tráfico de la zona fronteriza de Osetia del norte y una noche que estaba de guardia en 2003, no aceptando los sobornos ofrecidos, retuvo dos camiones llenos de armamento que transportaban de Osetia a Chechenia, como consecuencia de ello en septiembre del mismo año mataron a la familia de su hermano, habiendo participado en tal hecho el cuñado de la solicitante, hermano de su marido, posteriormente intentaron matar a su hermano que quedó parálítico en el atentado; el problema principal de la solicitante es que identificó ante la policía a uno de los agresores que participó en el atentado contra su hermano, siendo amenazada por este grupo de delincuentes que en una ocasión la secuestraron durante una semana, la quemaron el pecho con unos cigarrillos y la violaron; decidió dejar a sus hijos con el hermano de su marido y viajar con su amigo Karen, desconociendo por qué no solicitó asilo en Alemania ni en Francia. La solicitante modificó en aspectos fundamen-

tales las anteriores alegaciones mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2005, así en este escrito reconoce que en el año 2003 había solicitado asilo en Alemania, solicitud que fue denegada y el 15 de marzo de 2005 la policía irrumpió en su vivienda para que abandonase Alemania, cosa que efectivamente hizo, trasladándose en compañía de su marido a Rusia donde le incendiaron su coche y su casa el 24 de abril de 2005, además su familia empezó a perseguir a su marido Karen por lo que decidieron venir a España. En el citado escrito, respecto a la causa que determinó la primera salida de su país, también concretó que el hecho por el que fundamentalmente abandonó Rusia fue que, tras haber sido violada, contrajo la sífilis, extremo que se conoció en su pueblo y su padre, persona respetada en el mismo, dijo que era una prostituta y una cualquiera, por lo que decidió abandonar el pueblo y mantener una relación más estrecha con Karen; su hermano menor se enteró de la relación de la solicitante con Karen y comenzó a amenazarle para que no se acercase a la solicitante, pero en marzo de 2003 se casaron y, aconsejados por unos vecinos, se fueron al extranjero, en concreto a Alemania donde solicitaron asilo.

En el expediente administrativo figura el informe de la instructora que destaca: —al comprobar las huellas dactilares en el sistema EURODAC resultó que la solicitante y su marido habían pedido asilo en Alemania en el año 2003, por lo que se inadmitió la solicitud al aceptar Alemania hacerse cargo de la petición, pero como alegó nuevos hechos se admitió a trámite la solicitud; —no debe entrar a evaluarse de nuevo la persecución ocurrida con anterioridad al año 2003 pues ya fue analizada y evaluada en su día por las autoridades alemanas; —existen graves contradicciones entre lo alegado por la solicitante en su primera declaración oral y la vertida en el recurso de reposición; —los motivos de persecución alegados están relacionados con asunto de tráfico de armas, resultando muy poco verosímil, incluso turbio el mundo del tráfico de armas en el Cáucaso norte, no acabando de entenderse por qué persiguen a la solicitante pues la venganza ya estaba cumplida al matar a la familia de su hermano y dejar a éste parálítico; —en definitiva la solicitante es ciudadana rusa de pleno derecho, resultando inadmisibles fundamentar una petición de asilo en el hecho de ser perseguido por los que, a su vez, son perseguidos.» Sobre la documentación aportada al expediente y demás elementos probatorios, en el fundamento cuarto de dicha sentencia se hace la siguiente valoración: «Partiendo de la documentación unida al expediente, del relato de la solicitante, el informe de la instructora, al que se remite la resolución impugnada y las alegaciones vertidas en la demanda, hay que concluir que no concurren unos indicios fundados de la existencia de una persecución individualizada contra la recurrente, en el sentido descrito en la Convención de Ginebra.

En relato oral de la demandante ha sido modificado de forma importante en la descripción de los hechos que hace en el escrito de fecha 28 de agosto de 2005, es decir al siguiente mes de solicitar el asilo. Este hecho, por una parte, resta verosimilitud a todo el relato pues no existe dato objetivo alguno para dar mayor credibilidad a una u otra descripción de hechos, a excepción de un hecho cierto y admitido, haber solicitado asilo político en Alemania y haber sido denegado el mismo. Por otra parte, según se recoge en el escrito citado, el motivo por el que abandonó

Rusia en el año 2003, fue el conflicto con su padre y hermano debido a su relación con Karen y al hecho de haber contraído una enfermedad, conflicto de carácter familiar no subsumible en ninguna de las causas establecidas para la concesión del asilo. En cuanto a los hechos ocurridos en 2005, incendio de su vivienda y coche, ha aportado al expediente administrativo unas copias de una declaración de los bomberos en la que se indica la realidad del incendio pero que desconocen la autoría del mismo, de forma que las copias de tales declaraciones sobre los incendios, ayunos de otras explicaciones, no acreditan la realidad de una persecución ni de forma indiciaria. Por último, y también referente al año 2005, la persecución de su marido por su familia es ajena al ámbito del derecho de asilo.

En la demanda se hace hincapié en el examen psicológico realizado a la solicitante, obrante al folio 9.3 y 9.4 del expediente administrativo. Pues bien, el citado informe, que se concreta en una descripción de las vivencias y declaraciones de la solicitante y su marido, concluye en la necesidad de dar seguridad y mantener en España a la recurrente durante el embarazo. El informe es de 5 de octubre 2005 resultando obvio que el tiempo del embarazo ha transcurrido sobradamente y las medidas aconsejadas por tal circunstancia, al margen de la valoración que merezcan, carecen de vigencia actual».

(...)

Ninguno de los documentos aportados constituyen pruebas ni indicios suficientes que acrediten la persecución alegada. El informe psicológico emitido por EXIL dentro del «programa de reparación médico-psico-social para víctimas de violación de derechos humanos» (...) hace referencia, fundamentalmente, a ciertas vivencias y conflictos derivados de la situación familiar de la solicitante, además de la incertidumbre sobre el porvenir cercano, atendiendo su estado de embarazo.

Pero en este informe no se establece con claridad la necesaria conexión entre las vivencias traumáticas apreciadas con la situación de persecución en los términos que se establecen en la legislación aplicable, derivando gran parte del relato ofrecido en un conflicto de índole familiar. Por lo demás, los informes del CEAR acompañados, que traducen ciertos documentos

del Ministerio del interior ruso, de abril de 2003 y junio de 2006 relatan la singular situación de la zona de procedencia de la recurrente y la tramitación de ciertos procesos de investigación relacionados con el tráfico de armas y la actividad terrorista existente en el departamento de Nalchik en Rusia, pero tampoco evidencian por sí solos que la recurrente sufriera una específica persecución sobre su persona por las causas que

determinan la protección a través del asilo. En fin, los documentos del CEAR sobre el conflicto en la zona de Rusia y el informe psicológico no evidencian ni constituyen indicios suficientes de persecución, como ya se apreció en la citada Sentencia de la Audiencia Nacional que confirma la primera denegación de la solicitud de asilo deducida por razones que sustancialmente se reiteran con ocasión de la revisión.

Ciudadanos armenios: solicitud del derecho de asilo. Denegación: no se aprecia la existencia de temores fundados de persecución que permitan reconocer la condición de refugiado ni razones humanitarias o de interés público para autorizar la permanencia en España al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo. Recurso de casación: desestimación y confirmación de la denegación.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 30 de marzo de 2011

Recurso Contencioso-Administrativo: 6430/2009

Ponente: Doña María Isabel Perelló Domenech

Voz: Denegación de asilo a ciudadanos de Armenia: inexistencia de razones humanitarias

La solicitud de asilo presentada el 9 de marzo de 2007 por D. Evelio, fue denegada, por lo que con fecha 14 de septiembre de 2007 cursa una nueva solicitud ampliando las alegaciones, y manifestaba lo siguiente: Que vivía en Yerevan (capital de Armenia), casado con Milagros el 23 de diciembre de 2005. Trabajaba como vendedor inmobiliario para la empresa MEGANAVIS desde mediados del año 2004. Procedió a la venta durante el año 2005, de pisos de nueva construcción en el centro de la ciudad, que eran bastante caros, y a los que solo podían acceder compradores de clase alta, políticos y policía. Los pisos vendidos se transmitieron legalmente, pero el jefe había autorizado a la vez, que esos pisos se vendiesen a otras personas de las que no recuerda el nombre. Casi todos los estafados eran personas importantes y altos cargos del Gobierno y Administración del Estado Armenio. Tras las vacaciones de Navidad del año 2005-2006, el jefe desapareció y decidieron no volver a la empresa. Empezó a recibir llamadas al móvil con el que trabajaba, porque querían verle para que les diera explicaciones, pero no sabía qué responderles, porque

se imaginaba que era una estafa. En agosto de 2006 la empresa comenzó a salir en la TV, en la que se denunciaba la venta de pisos y el robo del capital. El 20 de enero de 2006 la policía le detuvo acusado de estafa y robo. Tras pegarle estuvo detenido durante 3 días, y nunca tuvo un abogado. Fue puesto en libertad tras un soborno de 10.000\$. Al volver a casa le estaba esperando el hijo del Ministro, otro de los afectados, que quería que le devolvieran su dinero, y si era necesario que debería vender su casa, su coche y todo lo que tuviese para ello, y si no matarían a su familia. Tras diversas palizas y secuestros durante varios y días, y en diversas ocasiones, debido a que no sabía el paradero de su jefe, y le hacían responsable a él. Al querer denunciar al hijo del ministro, se rieron y le dijeron que hiciera lo que quisiese. Su mujer se marchó a casa de su madre y esperó en Armenia. El padre le envió el pasaporte con la visa, con lo que pasó a Ucrania y de ahí a Polonia y Austria. No solicitó asilo en Georgia, porque le parecía inseguro quedarse allí. En vista de lo cual, y como sabía algo de español, a fin de no ir a una república ex soviética en que las mafias tienen

lazos, decidieron trasladarse a España un tiempo hasta que las cosas se tranquilizaran. Llegó a España a principios de abril de 2006 (perdió el pasaporte en diciembre de 2006), y una semana más tarde llegó su mujer en avión desde Yerevan. No tenían intención de solicitar asilo porque tenían la vida en Armenia y querían volver, esperaban a que se tranquilizaran las cosas, pero no ha sido así. Su familia recibe periódicamente amenazas de personas que vienen a casa a buscarles e incluso les pegan, y la policía no les ofrece protección porque cobran sobornos. En julio de 2006 tienen que vender su piso para seguir viviendo en España. En esa situación que consideraban era transitoria, nace su hija en diciembre de 2006, y al estar sin trabajo, deciden pedir el asilo.

(...)

«Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física de los interesados o para su vida, que no pueda ser acreditada en el caso de autos, lo cual es exigible conforme a lo establecido en el artículo 31 apartado 3 del Reglamento de la Ley de Asilo que vincula las razones humanitarias a motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física de los interesados, a tenor de la redacción dada a dicho precepto por el Real Decreto 1325/2003,

de 24 de octubre. En este sentido la Sentencia de fecha 27 de mayo de 2006 de la Sección Quinta, de la Sala Tercera, de nuestro Tribunal Supremo (recurso de casación n.º 287/2003) puntualiza que las razones humanitarias a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley de Asilo «rectamente entendidas no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso».

(...)

En definitiva, no cabe considerar infringido el artículo 17.2 de la Ley reguladora del derecho de asilo, pues los recurrentes se limitan a reiterar en casación la pretensión subsidiaria que ya hizo en el proceso de instancia pero sin justificar que sus circunstancias personales hagan procedente autorizar su permanencia en España por razones humanitarias; y sin hacer alegato alguno que desvirtúe las consideraciones que se exponen en el fundamento quinto de la sentencia recurrida, donde la Sala de instancia expone las razones por las que considera que no procede la autorización de permanencia en España, al apreciar, en fin, que no existe una situación de peligrosidad para la integridad física o para la vida de los solicitantes de asilo».

Denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo: Desestimación del recurso contencioso-administrativo. Recurso de casación: vulneración del derecho a la asistencia letrada y a la asistencia de intérprete durante la tramitación del procedimiento. Desestimación: consta en autos el ofrecimiento de intérprete y asistencia letrada para la formalización de la solicitud, no siendo imputable a la Administración que no se hiciera uso por parte del demandante.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **1 de abril de 2011**

Recurso de Casación: **715/2008**

Ponente: **Don Eduardo Espín Templado**

Voz: **Denegación de asilo: asistencia letrada a solicitante**

Pues bien, el demandante compareció en solicitud de derecho de asilo ante la Jefatura Superior/Comisaría de Policía del País Vasco el día 22

de febrero de 2005. En el mismo día, se procedió a efectuar la «Diligencia Informativa de los Derechos y Deberes de los solicitantes de

Asilo». En la misma se indicaba al demandante los derechos que le asistían como solicitante de asilo, y, en lo que aquí importa, en el apartado 3 se expresaba literalmente que tenía derecho a «Asistencia de Abogado, que se proporcionará gratuitamente por el Estado Español cuando se carezca de recursos económicos suficientes» y en el apartado 4 «Asistencia de intérprete, en caso de no comprender el idioma español», Diligencia extendida en lengua española y en la que figura la firma del solicitante, del intérprete y del funcionario.

Es decir, el recurrente tuvo a su disposición la asistencia de intérprete y se le informó de una forma adecuada y comprensible de la posibilidad de ser asistido de letrado y de que el mismo fuese proporcionado gratuitamente por el Estado Español (...). También figura (...) que en la misma fecha de 22 de febrero de 2005, en lengua francesa, se constata que el solicitante de asilo ha solicitado la asistencia de intérprete y no la de abogado y que efectivamente, (...) tuvo a su disposición al intérprete solicitado que le

asistió en la información de derechos y deberes, a que ya nos hemos referido.

(...)

En este sentido, y en cuanto a la situación real que haya sufrido el recurrente en el presente supuesto, en el motivo se afirma que ha existido una situación de indefensión, pero tal situación se asocia exclusivamente a la no asistencia efectiva del letrado durante el procedimiento de solicitud de asilo. Sin embargo, de los hechos admitidos por la Sala de instancia cabe excluir que se haya producido tanto una defectuosa comunicación de sus derechos a la solicitante como que haya sufrido una situación de efectiva indefensión por cualquier causa. Así, la Sala afirma en el fundamento de derecho tercero, reproducido *supra*, que el solicitante dispuso de asistencia de intérprete y que se le informó de forma adecuada y comprensible de la posibilidad de ser asistido gratuitamente por un abogado; como consecuencia de dicha comunicación en lengua francesa el solicitante requirió la presencia de intérprete y en ningún caso de abogado.

Ciudadana cubana: Solicitud del derecho de asilo. Denegación: no se acredita la existencia de persecución. Recurso de casación: indefensión por denegarse la prueba pericial consistente en evacuar informe «acerca de la situación en que se encuentran en Cuba los ciudadanos que actuando en contra del régimen se manifiestan públicamente en tal sentido», e infracción de la Ley de Asilo por no reconocer la condición de refugiada a la solicitante. Desestimación: Confirmación de la denegación.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 4 de abril de 2011

Recurso de Casación: 370/2008

Ponente: Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza

Voz: Denegación de asilo a ciudadana cubana: actitud pública contraria al régimen político

La recurrente en la solicitud de asilo presentada el 12 de agosto de 2004 manifestó: «en su país está perseguida por la autoridad cubana porque su esposo desertó y porque no está de acuerdo con el sistema político.

Desde el 2000 estando trabajando en una inmobiliaria, la empresa quería que perteneciera a la organización del Partido Comunista, al no querer la maltrataron psicológicamente hasta que dejó el trabajo en el 2001 o 2002. En el 2002 empezó a trabajar de arquitecta comunita-

ria, que es un trabajo mal remunerado, que dejó al no poder seguir trabajando al volver a sufrir presiones por su forma de pensar y no estar de acuerdo con el sistema político, decía su forma de pensar y tenía problemas en el trabajo. A partir de ese momento se quedó sin trabajo y vivía de lo que podía vender por la calle, aun sabiendo que es ilegal en su país. Ha tenido que salir y dejar a su hijo en Cuba con sus padres. De su marido Jaime se encuentra en España trabajando ya que pidió asilo político en el año 2002. Que no

puede regresar a Cuba porque la meterían presa por haber solicitado asilo en España. Que no dan permiso para salir de Cuba para agruparse con su marido al ser asilado político en España y, además, por ser profesional Licenciada en arquitectura la ponen una sanción ya que existe una ley y a los profesionales no les dejan salir si el Estado no les da una liberación cuando el Estado quiera. En su equipaje está el certificado de matrimonio. No puede demostrar documentalmente que está perseguida por el gobierno ya que no queda registrado en ningún lado».

En escrito de fecha 23 de agosto de 2004, suscrito por su letrado y presentado ante el Ministerio del Interior, se indica que la solicitante ha sido objeto de persecución debido a sus ideas políticas anticomunistas, vigilándola y amenazándole con detenerla y meterla en prisión. En el trabajo le han hecho la vida imposible por no ser comunista y manifestar libremente sus ideas.

El informe de la instrucción obrante en el expediente administrativo señala que no procede la admisión a trámite de la solicitud de asilo toda vez que las alegaciones son de carácter general de oposición sin que en ningún momento se demuestre que haya habido una persecución personal contra la misma, ello también se deduce de que se la reintegra en un trabajo de arquitecta, que deja por su propia voluntad, y se le permite viajar al exterior, añadiéndose que su marido D. Jaime solicitó asilo el 25 de febrero de 2002, siendo inadmitida a trámite tal pretensión por resolución del siguiente día 27 de febrero.

(...)

El relato de la demandante y el posterior escrito presentado en vía administrativa son exce-

sivamente genéricos e imprecisos en la descripción de los hechos. El primer motivo por el que la Sra. Zaira afirma que es objeto de persecución por las autoridades cubanas es el hecho de que su marido fue desertor y no estaba de acuerdo con el sistema político, añadiendo que el mismo se encuentra en España ya que pidió asilo político en el año 2002. Sin embargo, no aporta una mínima información para valorar la realidad de tales hechos y, de otra parte, en el informe de la instrucción se indica que el marido solicitó asilo en España pero que fue inadmitido a trámite, extremo que no ha sido cuestionado por la representación procesal de la actora. Asimismo el relato de la solicitante no describe mínimamente en qué consistían los maltratos psicológicos que dice haber sufrido en la empresa inmobiliaria y en su trabajo como arquitecta comunitaria ni el seguimiento de la policía de forma que la Sala no puede valorar la intensidad y contenido de los presuntos maltratos y vigilancia policial alegados, extremos que, de otro lado, no se han acreditado al menos indiciariamente por ningún medio de prueba. Es decir, no existe indicio alguno de que la recurrente haya sido objeto de persecución por las autoridades cubanas ni que la Sra. Zaira haya participado en actividades contrarias al régimen cubano o se halla posicionado públicamente en tal sentido cuando residía en Cuba.

La representación procesal de la actora hace hincapié en el temor fundado de que la recurrente sea objeto de persecución si retorna a Cuba. Ahora bien, tal temor no tiene relación con la situación y actividad desarrollada por la misma en su país, por lo que no podría considerarse como causa para otorgar el derecho de asilo.

Derecho de asilo: denegación. Nacional de Colombia. Delito contra la salud pública. Organización delictiva dedicada a enviar cocaína a España a través de «correos humanos» para su posterior distribución y venta. Relato contradictorio e incongruente en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada; el solicitante basa su solicitud en alegaciones de persecución por parte de agentes distintos de las autoridades de su país de origen. Insuficiencia de prueba. No ha lugar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **20 de abril de 2011**

Recurso de Casación: **4869/2007**

Ponente: **Don Manuel Campos Sánchez Bordona**

Voz: **Denegación de asilo a nacional colombiano: delito contra la salud pública. Relato contradictorio**

«El relato de la actora presenta referencias a tres etapas o períodos. En la primera recibe amenazas de las FARC por su vinculación pasada al ejército; la segunda se inicia a raíz de una denuncia que contra él se formula.

Esto provoca la intervención del Estado. Finalmente es amenazado por las AUC (fuerzas paramilitares). Esta tercera amenaza, es la que provoca su venida a España y previamente su desplazamiento a Bogotá. De estas amenazas no se tiene más constancia que las denuncias que el actor formula a diversas autoridades; pero no se constata la violencia contra el recurrente ejercida.

La instrucción destaca en su informe que las amenazas se producen el 27 de octubre de 2003 y que sorprendentemente el solicitante declara que la decisión de salir la tomó en julio de 2004; ¿por qué tardó tanto tiempo?

No es convincente para el Tribunal que ello se produjese para reunir documentación; según expone la actora pues, tal como señala el informe de la Instrucción en una situación de peligro lo lógico es la salida inmediata del país de origen.

Todo ello conduce al Tribunal siguiendo el informe de la Instrucción (a concluir) que en la fecha en que solicitó asilo no existía un temor fundado de amenazas por parte de las fuerzas paramilitares, excluyendo así la justificación de asilo».

(...)

Sin embargo en el supuesto de autos —y a diferencia de lo que sucedió en el resuelto por la Sentencia de 20 de marzo de 2003— sí hay constancia expresa de que el expediente fue elevado a la Comisión Interministerial y de que ésta en su reunión de 20 de septiembre de 2005 propuso el rechazo de la solicitud, con el que coincidió el Ministerio del Interior. Siendo ello así y tal como expusimos, entre otras, en las Sentencias de 27 de mayo de 2005 (recurso 2/2002) y 22 de julio de 2005 (recurso 2990/2002) ante unas «afirmaciones precisas y concretas» análogas a las que constan en este caso, debemos concluir «que la propuesta existió, aunque no conste documentada en el expediente administrativo».

Esta última circunstancia no pasa de ser un mero defecto o irregularidad en la formación del expediente administrativo que carece de trascendencia invalidante.

(...)

Para que la sentencia pudiera ser casada por razones atinentes a los hechos probados sería necesario aducir y demostrar que la apreciación de la Sala de instancia era irracional o arbitraria, lo que en este caso no ocurre. En defecto de dicha demostración hemos de aceptar la apreciación de las pruebas efectuadas en el proceso de instancia y, por consiguiente, partir de lo declarado en la sentencia recurrida. Si en ella se sostiene que no hay elementos de prueba acreditativos de ninguna persecución de naturaleza política o ideológica, y que no hay base para sostener, ni siquiera a título de indicio, el relato sobre las sucesivas y poco creíbles supuestas amenazas protagonizadas por unos y otros actores en el conflicto colombiano respecto del señor Emiliano, éste es el hecho incontrovertible que debe examinarse a efectos de su conexión —en este caso falta de conexión— con los presupuestos legitimadores del reconocimiento de la condición de refugiado en la Ley 5/1984 y en la Convención de Ginebra, por lo que el motivo habrá de ser desestimado.

(...)

En la causa incoada (sumario número 4/2006) a raíz de las referidas diligencias previas recayó Sentencia de 11 de noviembre de 2008, de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que condenó, entre otros, a D. Emiliano como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, a la pena de once años de prisión, multa de un millón y medio de euros y la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

El relato de los hechos probados describe la existencia de una organización delictiva —de la que aquél era parte activa— que estaba en contacto con personas de Colombia dedicadas a enviar cocaína a España a través de «correos humanos» para su posterior distribución y venta.

Derecho de asilo: denegación. Islamismo radical en el Cáucaso. La documentación aportada no es suficiente para acreditar la persecución que alega. Los hechos descritos se consideran actividades de delincuencia común, en razón de la naturaleza de los hechos y a los conflictos étnico-religiosos de la zona. No ha lugar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **25 de abril de 2011**

Recurso de Casación: **5518/2008**

Ponente: **Don Eduardo Espín Templado**

Voz: **Denegación de asilo y ausencia de persecución: nacionales rusos**

A este respecto destaca la instructora del expediente lo que sigue: «La Instrucción considera que desde luego no se puede acusar a las autoridades rusas de mostrarse inactivas frente al islamismo radical en el Cáucaso. Todos los informes de organismos e instituciones nacionales e internacionales denuncian que las autoridades rusas violan los derechos humanos básicos en la lucha contra lo que en retórica nacional se llama «terrorismo separatista» mediante métodos que incluyen desapariciones, juicios sin garantías, arrestos ilegales, torturas y malos tratos, ataques a la población civil. Los informes sobre la materia son tan numerosos y exhaustivos que no se considera necesario citarlos aquí (aunque se recomienda la lectura de dos reportajes aparecidos en el diario el País los días 26 y 27 de junio de 2006 bajo el título “La guerra Santa del Cáucaso” que ilustra perfectamente el estado de cosas en la religión), pero basta recordar los numerosos informes del Consejo de Europa recriminando a Rusia que bajo la excusa de luchar contra los emergentes grupos islámicos radicales cierran mezquitas, arresten a personas bajo sospecha de islamismo sin las mínimas pruebas, abren causas judiciales sin garantías.

En este estado de cosas alegar hoy por hoy una persecución por parte de un grupo que, a su vez, es ferozmente perseguido, se considera una alegación carente de fundamento.

La prueba de lo dicho anteriormente es que, como las mismas solicitantes nos informan y ocurrió realmente, la mezquita de Nalchik fue cerrada y se produjeron multitud de arrestos y detenciones. Incluso en la vida cotidiana las so-

licitantes (sobrina) nos informan que no podían cumplir los preceptos que les querían imponer sus tutores en cuanto a tipo de vida, vestimenta, etc., porque “ella (su tía) tiene dos trabajos del Estado y no está permitido asistir a ellos vestida así”, de lo que se deduce que las autoridades no apoyan los nuevos preceptos islámicos radicales ni siquiera en aspectos secundarios de la vida cotidiana. Además de lo dicho, lo cierto es que la presente petición repite una historia que comienza ya a ser reiterativa en los ciudadanos de la república de Kabardino Balkaria, y cabe preguntarse si la persecución aquí relatada responde realmente a los motivos por ellas invocados o nos hallamos ante una persecución de delinquentes comunes, teniendo en cuenta el supuesto motivo de la persecución y la tipología de la misma:

- En cuanto al supuesto motivo de la persecución, el que los wahabistas crean que ellas los denunciaron y que, por tanto, son las culpables del cierre de la mezquita resulta inverosímil, pues es evidente que tal hecho se debe a una operación de mucha más envergadura y no emprendida sólo por la denuncia de una ciudadana, extremo del que los wahabistas sin duda eran conscientes.
- Respecto a la tipología de persecución: tirar piedras a las ventanas, paliza, incendio del negocio... son hechos que parece más apropiado inscribirlos en el mundo de la delincuencia organizada, tan activa en el Cáucaso Ruso, ya que responden más a la tipología de actua-

ción de las mafias que a la metodología de captación y/o castigo de un grupo religioso, por muy extremista que sea.

El hecho de que las autoridades, comparando el mismo criterio que la Instrucción respecto a la autoría de los hechos, decidan que lo ocurrido es un problema de gamberrismo incide en esta idea. No porque las autoridades de la república o las federales sean un ejemplo de imparcialidad y justicia, sino justamente lo contrario. Nos explicamos: si a las autoridades rusas se les acusa repetidamente de cometer abusos y excesos en su lucha contra el radicalismo islámico el hecho de que definan unos hechos como de simple “gamberrismo” en vez de como un episodio de la actividad islámica que tan ferozmente persiguen, es que realmente no subyace ninguna motivación religiosa en lo ocurrido a las solicitantes pues, repetimos, a las autoridades rusas se les acusa de ver la larga sombra del islam tras cualquier episodio para así emprender en consecuencia acciones de presión».

Por otra parte en materia de denegación de asilo es preciso tomar en consideración la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, entre otras Sentencias la establecida en el recurso de casación número 5091/2002 de la Sección Quinta, de fecha 28 de octubre de 2005, en cuyo fundamento quinto se expresa lo siguiente:

«Resulta preciso recordar que la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo interpreta la normativa de asilo y refugio en el sentido de que la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta. Ciertamente para la concesión de asilo bastan indicios suficientes de que el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan pues, los indicios suficientes; pero éstos han de existir y es carga del recurrente aportarlos».

En definitiva, no existen pruebas sobre la falta de protección de las autoridades rusas a personas que no comparten creencias musulma-

nas, más bien ocurre lo contrario, tal como se infiere del informe de la Instrucción anteriormente referido.

(...)

El motivo no puede prosperar. La parte recurrente se limita a revisar la valoración de hechos efectuada por la Sala de instancia, sin que acredite la vulneración de las normas jurídicas que invoca. En efecto, la Sentencia impugnada en el fundamento jurídico segundo, que se ha reproducido más arriba, se refiere de forma concreta y específica a los hechos descritos por la recurrente y concluye que no responden a hechos de persecución que justifiquen el reconocimiento de la condición de refugiado sino, en todo caso, a actividades de delincuencia común, en razón de la naturaleza de los hechos (apaleamientos, agresiones, incendios provocados) y a los conflictos étnico-religiosos de la zona (los supuestos agresores de la solicitante son precisamente objeto de presión por parte de las autoridades rusas). Tal valoración de hechos se efectúa de manera motivada y razonable, y no incurre en error manifiesto ni arbitrariedad, por lo que resulta irrevisable en casación. En efecto, tal como hemos afirmado en constante jurisprudencia, el recurso de casación se configura por la Ley de la Jurisdicción como un procedimiento encaminado a la verificación de la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas, no de la revisión de los hechos declarados probados o de cualesquiera otra valoración de tipo fáctico, que resultan intangibles en sede casacional.

Por otra parte, la crítica que la recurrente realiza a la Sentencia de que se basa en el informe del instructor, que sería un informe estereotipado y reiterativo no resulta fundada. El examen del informe lleva a la conclusión de que se trata de un examen específico de las alegaciones de la solicitante de asilo y no de una respuesta estereotipada y repetida para distintos supuestos. Y en cuanto a la valoración de la Sentencia, es por completo regular el que aprecie motivadamente, como en efecto se hace, que las apreciaciones del susodicho informe son razonables y que merecen más credibilidad que las valoraciones de la propia solicitante de asilo.

No ha quedado acreditada la existencia de persecución por razones de índole política, según las circunstancias personales de los peticionarios, el contenido de las amenazas presuntamente padecidas, la indeterminación del grupo causante de dicha actuación coercitiva, la posibilidad de obtener protección eficaz por las autoridades del propio país, y el hecho de que se pudiera evitar el peligro aducido mediante el desplazamiento interno a otro municipio del Estado colombiano.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **3 de mayo de 2011**

Recurso de Casación: **575/2008**

Ponente: **Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**

Voz: **Denegación de asilo y ausencia de persecución: nacional de Colombia**

Dentro de las alegaciones de la solicitante se encuentran igualmente incoherencias. Así, en su primer relato señala que al día siguiente de la noche del 29, se trasladaron su primo, su pareja y ella a Cali y que ellas ya no volvieron al Charco. Sólo volvió su primo para denunciar. Pero en las alegaciones posteriores indica que volvieron los tres al citado municipio.

A la vista de todas las contradicciones analizadas, los relatos de los solicitantes producen la impresión de que han intentado memorizar una historia y que, en unos casos, han olvidado o tergiversado los hechos aprendidos, y, en otros, han tenido que improvisar respuestas contradictorias al ser directamente preguntados por aspectos sobre los que no tenían una respuesta preparada.

Otra incongruencia la encontramos en el hecho de que, según el propio relato de la solicitante, la pretensión final de los supuestos agentes de las amenazas era que ellos se fueran del lugar si no querían morir; luego, una vez cumplida tal reclamación es de esperar que con un traslado a otra localidad la solicitante podía haber permanecido con relativa tranquilidad en Colombia, sin necesidad de abandonar su propio país, con todo lo que ello supone, pero sin embargo, la solicitante no empleó mucho tiempo en tomar tan difícil decisión y pese a que la amenaza «tan sólo» le exigía abandonar el pueblo (siempre supuestamente).

Todo indica a esta Instrucción que nos encontramos ante la típica «saga familiar», por nombrarlo de alguna manera, que ya hemos vis-

to en anteriores ocasiones en esta Oficina, según la cual, tras la alegación de un motivo de persecución de escasa entidad y a veces sin cabida siquiera en la Convención, comienza el goteo de llegada de familiares de grados de parentesco relativamente lejanos «aferrándose a la cuerda» de la narración establecida por el primero de ellos que llega a España (y así esta oficina ha conocido «sagas» de hasta más de veinte personas solicitando asilo con peticiones que más tarde se comprobó, eran completamente fraudulentas). Las alegaciones de los solicitantes suelen adolecer de gran vaguedad y generalidad, escasa consistencia y entidad y a base de repetidas pierden credibilidad. Por último, en lo que se refiere a la supuesta amenaza de muerte recibida en septiembre de 2004 en relación con la desaparición de su esposa, es un hecho que resulta totalmente incongruente para esta Instrucción pues la problemática de su esposa para los paramilitares tal y como ella ha referido consistía en que ella y sus familiares debían de abandonar el municipio de El Charco, hecho que llevaron a cabo y supuestamente en el plazo que les dieron los supuestos agentes perseguidores. De manera que si éstos habían alcanzado su objetivo es totalmente absurdo que un mes más tarde emplearan tiempo y recurso en buscarla. Atribuir a los paramilitares comportamientos absurdos, ilógicos, estúpidos por el hecho de que despliegan una violencia arbitraria y moralmente deleznable supone un error de juicio que la historia colombiana y su realidad cotidiana desmienten categóricamente.

(...)

A la luz de la anterior doctrina, debemos sostener que la resolución de la Subsecretaría de Interior de 15 de febrero de 2006, no incurre en manifiesto error de apreciación al referir que el relato ofrecido por el solicitante, en referencia a las amenazas recibidas de agentes distintos de las autoridades colombianas, resulta inverosímil, pues, como se desprende del Informe de la Instrucción, las presuntas amenazas recibidas para que se fuera del barrio y, posteriormente, del país, por haber sido testigo de un secuestro producido en un bar de la localidad de Buenaventura Valle, no revisten la intensidad necesaria para incardinarse en los supuestos de persecución por razones de índole política, que avalen la demanda de protección que confiere la concesión de asilo.

La valoración de la documentación aportada en el expediente administrativo, en apoyo de su pretensión de asilo, consistente en un folleto explicativo de normas de autoprotección, confeccionado por el Departamento de Policía Valle Séptimo Distrito de Buenaventura, certificación de residencia en el barrio y denuncia formulada el 16 de noviembre de 2004, no permite deducir la existencia de persecución por razones de índole político, tomando en consideración, entre otros factores, en el supuesto enjuiciado, las circunstancias personales de los peticionarios, la naturaleza y contenido de las amenazas presuntamente padecidas, la indeterminación del

grupo causante de dicha actuación coercitiva, la posibilidad de obtener protección eficaz por las autoridades del propio país, y el hecho de que se pudiera evitar el peligro aducido mediante el desplazamiento interno a otro municipio del Estado colombiano, alejado de la localidad de Buenaventura Valle, donde se produjeron las acciones delictivas.

La pretensión que se formula con carácter subsidiario, de que se acuerde la autorización para la permanencia en España por razones familiares, no puede ser acogida, siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta en la Sentencia de esta Sala jurisdiccional de 24 de febrero de 2010, porque consideramos que no concurren los presupuestos establecidos en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en la redacción introducida por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, pues no apreciamos que se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país, ya que las circunstancias alegadas de persecución se corresponden, más bien, a situaciones relacionadas con la criminalidad común y no con la actividad de grupos terroristas paramilitares colombianos, sin que se aduzcan motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen suponga un riesgo real para la vida o la integridad física de los interesados.

Derecho de asilo: denegación. Nacional de Siria, de origen Kurdo. Estamos ante una medida policial, represiva de un acto colectivo pero no implica la existencia de una persecución personal contra el solicitante. Los elementos probatorios aportados en apoyo de sus alegaciones no pueden considerarse como prueba o indicio de la persecución alegada, ya que acreditan circunstancias personales del solicitante que, en sí mismas, no determinan necesariamente la existencia de persecución ni justifican un temor fundado a sufrirla. Se duda de la veracidad del relato de persecución.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **10 de mayo de 2011**

Recurso de Casación: **4211/2009**

Ponente: **Doña Isabel Perelló Domenech**

Voz: **Denegación de asilo: ciudadanos kurdos. Circunstancias personales y ausencia de persecución**

El relato resulta genérico e impreciso en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, por lo que no puede considerarse que el solicitante haya establecido suficientemente 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 como prueba o indicio de la persecución alegada ya que acreditan sólo circunstancias personales del solicitante que, en sí mismas, y según la información disponible sobre su país de origen, no determinan necesariamente la existencia de persecución ni justifican un temor fundado a sufrirla.

(...)

Como se pone de manifiesto en el informe de la Instrucción que obra en el expediente administrativo, el cual no ha sido desvirtuado ni siquiera se ha intentado combatir sus afirmaciones, bajo el punto de vista objetivo, el solicitante presenta un perfil de un joven completamente apolítico, y de acuerdo con la información disponible sobre el país de origen, de acuerdo con informes de Amnistía Internacional, los kurdos sirios no son detenidos por el mero hecho de serlo. Las autoridades sirias no recurren a esa política de continuo hostigamiento con personas sin ninguna relevancia en su actividad de oposición política. Incluso, respecto aquellas personas que muestran una militancia de base en organizaciones políticas kurdas, limitando sus actividades a la esfera de lo privado —que no es el caso del solicitante—, las autoridades sirias en general no intervienen en este tipo de actividades, siempre que no adquieran un carácter separatista o sea demasiado crítica con el gobierno, o bien que tenga resonancia en la universidad o en las filas del Ejército.

Tampoco, desde un punto de vista subjetivo, cabe encontrar fundamentación en lo alegado por el solicitante. Así, de acuerdo con la historia referida, el solicitante habría sido detenido en el año 2003 por un enfrentamiento violento con la policía. Esta conducta, punible igualmente en cualquier país democrático, no evidencia

en absoluto una persecución contra la figura del solicitante.

Por último, el hecho de volver a su casa, a su país transcurridos los hechos constitutivos de la persecución alegada, permite igualmente dudar de la veracidad del relato de persecución referido.

(...)

Alega en esencia la parte recurrente que ha acreditado suficientemente la concurrencia en su caso de las causas que justifican la concesión del asilo, apuntando que de su relato y de las pruebas aportadas (especialmente de las citaciones para declarar así como de las lesiones sufridas en los interrogatorios) se desprende que la situación relatada fue más allá de una simple detención por su presunta participación en un enfrentamiento violento con la policía.

Sin embargo, estas alegaciones tampoco pueden ser acogidas. Las razones expresadas en el extenso y detallado informe desfavorable de la instrucción del expediente, en el que se basó la resolución denegatoria del asilo, no han sido eficazmente rebatidas por la parte recurrente. Tal y como en aquel informe se apuntaba, el relato presentado por éste presenta incoherencias y contradicciones que permiten dudar de su verosimilitud, y además no resulta creíble a la vista de la información existente sobre la situación sociopolítica de su país de su procedencia Siria, obtenida sobre la base de fuentes de información que el informe de la instrucción enumera con detenimiento. Esa falta de credibilidad deriva no sólo del hecho de que la exposición del recurrente responde a un «relato-tipo» habitual en otros solicitantes de su mismo origen y procedencia, sino también, y sobre todo, de que su perfil personal no tiene encaje en los parámetros característicos de una persona susceptible de ser perseguida en Siria. Partiendo de la base de que las personas de etnia kurda no sufren persecución en este país por el mero hecho de serlo, según se razona en aquel informe de la instrucción sin que este dato haya sido contrarrestado, únicamente cabría reputar verosímil una persecución derivada de esa condición étnica si el solicitante alegase y acreditase suficientemente (al nivel indiciario requerido en esta materia según jurisprudencia constante) una referente actuación o militancia

política, o cualquier otro tipo de presencia pública que lo destacara ante las autoridades del país, pero no es ése el caso, pues no hay en la

trayectoria personal del solicitante y ahora recurrente ningún dato que permita apreciar tal circunstancia.

Derecho de asilo: denegación. Nacional de Bangladesh. La solicitud está basada en su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido persecución. El relato resulta inverosímil.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **17 de mayo de 2011**

Recurso de Casación: **678/2008**

Ponente: **Don Pedro José Yagüe Gil**

Voz: **Denegación de asilo: nacional de Bangladesh. Relato inverosímil**

Se impugna la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Interior de fecha 29 de junio de 2006, que deniega la solicitud de concesión del derecho de asilo en España del hoy demandante D. Gregorio, que manifiesta tener nacionalidad de Bangladesh, presentando su petición de asilo indocumentado.

Denegación que la Administración fundamenta básicamente en que la solicitud está basada en su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido persecución; que el relato resulta inverosímil; 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 17.2 de la Ley de Asilo.

Frente a ello el actor fundamenta el recurso en que ha sido miembro en su localidad del partido Juvoli, grupo de jóvenes de Bangladesh Awamiligue. El 10 de octubre participó en un mitín en el que se criticó al gobierno, finalizado, se manifestaron siendo impedido por un grupo terrorista del gobierno. Se provocó una agresión.

De vuelta a su domicilio fue interceptado por un grupo terrorista, después de recibir una fuerte paliza, le amenazó de muerte, si no dejaba la actividad política; por ello se vio obligado a salir del país, por Bombay y de aquí a Estambul,

de allí el 26 de noviembre de 2004 a Ceuta el 10 de enero de 2005. Fundamenta su petición en que teme por su vida y las autoridades de su país no garantizan el control total de los grupos terroristas.

En este caso las alegaciones del recurrente quedan desvirtuadas claramente en el informe de la Instrucción del expediente que pone de relieve detalladamente las contradicciones del relato que no quedan explicadas en la demanda.

(...)

Si bien es cierto que un principio básico a la hora de estudiar y analizar las peticiones de asilo es que cada una de ellas debe estudiarse de manera individualizada y atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, también es interesante observar las peticiones de asilo de los ciudadanos de un país en su conjunto. Y así, en el caso de Bangladesh observamos que todas las peticiones se parecen, todas responden a un mismo patrón y, lo que es más llamativo, aportan el mismo tipo de documentos:

Todos ellos alegan ser miembros de un partido de la oposición (generalmente de la Awami Liga pero también del Jatyo Party), ocurre un hecho determinado (una manifestación, una pelea) y salen del país. En cuanto a la documentación, aportan carta aval del partido político, carné, o diligencias policiales y apertura de caso judicial y carta de su abogado advirtiéndole de que no regrese al país.

(...)

Los datos personales sobre los hechos más recientes que determinan la denegación no están acreditados. Estos datos podía haberlos acreditado el actor de alguna forma, a través de denuncias o aportando documentación que desvirtuase el informe de la instrucción que cita y que en virtud de las fuentes invocadas el Tribunal considera suficientemente fundado. El solicitante no aporta documento acreditativo de su identidad; su relato es además impreciso y reitera argumentos presentados por otros de-

mandantes de asilo que manifiestan proceder de Bangladesh, presentando un perfil muy semejante. Resulta además desproporcionado que como simple militante de un partido sea objeto de persecución con amenazas de muerte; sin que por otra parte se alegue y acredite una militancia destacada en el partido al que dice pertenecer; y sobre todo que la simple presencia en un mitin en el que no expresa que interviniera como orador, desencadene una persecución tan grave como para abandonar su país de origen.

EXPULSIÓN

Expulsión: motivación y no desproporcionada. El extranjero cuando fue detenido no tenía en su poder la documentación acreditativa de su estancia legal en España, estando en situación irregular. Arraigo: inexistencia de prueba que demuestre su relación.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Fecha: 16 de diciembre de 2010

Recurso de Apelación: 375/2010

Ponente: Don Ignacio Zarzalejos Burguillo

Voz: Expulsión de nacional de Bolivia: ausencia de arraigo

Pues bien, en el expediente remitido por la Administración consta que el ciudadano extranjero ya había sido sancionado por resolución de 11 de julio de 2008 con multa de 301 euros por estancia ilegal en España, con la consiguiente advertencia de abandonar el territorio español en el plazo de quince días, obligación incumplida, lo que pone de relieve la voluntad del interesado de infringir el ordenamiento jurídico permaneciendo en territorio español de manera continuada en situación irregular.

Por otra parte, el apelante no ha acreditado tener arraigo en España, que es la vinculación que tiene un extranjero como consecuencia de su integración laboral, familiar o social. La integración en el mercado de trabajo debe ser real y efectiva, no una mera posibilidad futura; por otro lado, aunque el recurrente alega que convive con su pareja, que es residente legal en España, lo cierto es que no aporta prueba que demuestre esa relación, siendo insuficiente a tal fin la simple convivencia en un inmueble en el que están empadronadas siete personas de ambos sexos,

mayores de edad y de nacionalidad extranjera. Además, como ya ha declarado esta Sección en numerosas sentencias, no implica arraigo la mera permanencia en territorio español, así como tampoco el hecho de estar empadronado, tener tarjeta sanitaria, número de la Seguridad Social, abono de transportes u otros documentos que se obtienen por la simple solicitud del interesado ante los órganos competentes y no implican vinculación efectiva del extranjero en nuestro país, al igual que sucede con el envío de dinero al extranjero, que no acredita la existencia de arraigo.

Por último, carece de relevancia a los fines de este recurso la presentación por el interesado de una solicitud de residencia temporal por haber sido planteada con posterioridad al inicio del expediente de expulsión que nos ocupa.

En consecuencia, la permanencia ilegal en España, junto con los aludidos hechos y circunstancias —que resultan de la consideración del expediente administrativo en su conjunto—, justifican la sanción de expulsión, de forma que

la Administración no ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que expulsó al apelante del

territorio nacional, lo que determina la desestimación del presente recurso y la confirmación de la sentencia apelada.

Medidas cautelares: denegación de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido que acuerda la expulsión del territorio nacional de la apelante. Arraigo: negación de dicha situación que deba ser protegida.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Fecha: 17 de diciembre de 2010

Recurso de Apelación: 609/2009

Ponente: Doña Ana Rubira Moreno

Voz: Denegación de la medida cautelar de suspensión

El Tribunal Supremo ha dictado reiteradas resoluciones sobre las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como consecuencia o en relación con la denegación de la exención de visado o de la expedición de un documento que autorice la estancia en España. En ellas se ha declarado que dicha suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión —directamente adoptada o que puede adoptarse como consecuencia del deber de abandonar el territorio nacional que en la resolución administrativa se impone— habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (...).

En el caso de autos tenemos que con el escrito de demanda, en cuyo otrosí se pide la adopción de la medida cautelar, se aportó copia de los siguientes documentos de interés para la resolución del recurso: de la certificación del Padrón de habitantes de Barcelona, en la que

consta la inscripción de la apelante el 22 de agosto de 2007; de un documento por el que sus dos firmantes dicen conocer a la apelante y tener la intención de contratarla cuando regularice su situación en el país. Como se recoge en el auto apelado, de la información contenida en los citados documentos cabe deducir la estancia en el país de la apelante, pero no que en la misma concurra una situación de arraigo laboral o social que deba ser protegido, para evitar que la ejecución del acto recurrido haya de comportar daños y perjuicios de imposible o difícil reparación.

El hecho de que la ejecución del acto recurrido pueda obstaculizar los trámites de una futura solicitud de autorización de residencia por causas excepcionales de la apelante, al no poder acreditar la permanencia en el país durante el período de tiempo exigido para ello, no ha de incidir en la resolución de la pieza de medidas cautelares, pues la aceptación del planteamiento de la parte apelante comportaría, en todo caso, la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido sin atender a la situación habida en el extranjero.

Expulsión del territorio nacional: estancia irregular en España de nacional argelino, ya que no basta para apreciar el arraigo la existencia de un posible matrimonio siendo además preciso otros vínculos económicos, personales, laborales y patrimoniales, por lo que no resulta vulnerado el principio de proporcionalidad, ni se ha incurrido en arbitrariedad alguna.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

Fecha: 17 de diciembre de 2010

Recurso de Apelación: 239/2010

Ponente: **Doña Begoña González García**

Voz: **Expulsión y proporcionalidad: estancia irregular de nacional de Argelia**

En el expediente administrativo instruido, en el apartado de antecedentes, se indica que el demandante fue detenido en Cartagena el día 8 de octubre de 2007 por entrada clandestina teniendo decretada la devolución por resolución fechada el día 10 de octubre de 2007 sin que se haya podido ejecutar por carecer de documentación. Este hecho tampoco ha sido desvirtuado por la parte demandante aceptándolo expresamente en el escrito de demanda para apoyar en él lo que denomina «una regularización encubierta». Importa destacar de este hecho que su entrada en España ha sido clandestina, por lo que se acordó su devolución, y la carencia de documentación del demandante. Desde luego no puede aceptarse que la no ejecución de la devolución suponga para el demandante «una regularización encubierta» teniendo en cuenta que su situación regular en España se producirá cuando obtenga las autorizaciones previstas para casa supuesto sin que el demandante haya acreditado que sea titular de ninguna de esas autorizaciones. Del expediente administrativo también se deduce un hecho, que es el que motiva la detención del demandante y que, posteriormente, da lugar al inicio del expediente sancionador. Este hecho se concreta en la conducción de un vehículo por el demandante sin autorización administrativa para ello realizándolo de madrugada, 1,30 horas (en otro lugar se indica 00,05 horas), y por el centro de Burgos, Calle Vitoria confluyente con Calle Santiago. La conducción se hacía, además, de manera prohibida. Por estos hechos se abrieron diligencias penales que han quedado sobreesdadas provisionalmente mediante auto fechado el día 2 de febrero de 2009.

Lo que se acaba de señalar justifica la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa dado que el demandante no sólo entró de forma clandestina en España y ha permanecido indocumentado en nuestro país, razón por la que no se pudo ejecutar la orden de devolución, sino que, además, no ha acreditado un domicilio ni tampoco esta documentación durante la instrucción del expediente sancionador siendo evi-

dente que estaba empadronado en Burgos y que, además contaba con pasaporte. Lo que se acaba de señalar denota un grado de culpabilidad importante en la comisión de la infracción sancionada que se le imputa, que se ve complementado por el hecho de que durante todo el tiempo que lleva en España no haya tratado de regularizar su situación en nuestro país. A lo anterior hay que añadir que el tiempo durante el que el demandante ha permanecido en España no puede decirse que haya cumplido las normas de convivencia que resultan aplicables no solamente por el hecho anteriormente indicado sino también por los hechos que motivan su detención que, al margen de que se consideren o no infracción penal, suponen una infracción administrativa, conducir sin autorización administrativa y por un lugar prohibido, que genera un riesgo importante no sólo para el demandante sino también para terceras personas.

La conclusión a la que se ha llegado no se ve modificada por la situación de arraigo que el demandante dice tener y ello por dos razones. La primera porque esa situación de arraigo se ha ocultado a la Administración demandada al no haber sido alegada, como se ha dicho, durante la instrucción del procedimiento sancionador. Es muy significativo que el demandante no solicitara la comunicación de su detención a ninguna persona, tampoco a aquella con la que, posteriormente, dice mantener una situación de noviazgo. Desde el punto de vista social el empadronamiento no acredita un arraigo del demandante en nuestro país al igual que tampoco lo acredita la realización de determinadas actividades o trabajos esporádicos del demandante en asociaciones de ayuda a extranjeros.

El arraigo familiar apoyado en la residencia legal de un primo carnal no puede considerarse producido por la lejanía del parentesco y por no haber acreditado una convivencia con el mismo. La relación de noviazgo que dice mantener el demandante con una ciudadana española tampoco puede considerarse constitutiva de un arraigo familiar dado que no se ha acreditado

una convivencia efectiva y afectiva con anterioridad al dictado de la resolución sancionadora y tampoco con posterioridad a la misma. En el escrito de demanda se indica que tienen proyectado contraer matrimonio ese mismo año, circunstancia que no consta que se haya producido en la actualidad teniendo en cuenta que Ana se separó a finales del año 2004 habiendo firmado un convenio regulador de divorcio en octubre de 2009. Los certificados de empadronamiento aportados acreditan que el domicilio conjunto solamente se ha producido a partir del día 1 de junio de 2010. En base a lo anterior este fundamento de derecho alegado por la parte demandante debe rechazarse sin que por lo tanto proceda anular la resolución sancionadora ni tampoco sustituir la sanción de expulsión por la de multa.

(...)

Resulta que la aquí apelante no acredita la forma en que ha entrado en España, ha vulnerado la norma europea y la norma francesa no permaneciendo en el lugar indicado por la autoridad gala durante el tiempo de tramitación de su solicitud de asilo, no consta que se le haya concedido este asilo, en España procede a empadronarse el día 6 de junio de 2008 y es de presumir (a la vista de la prueba testifical

practicada en juicio) que entró en España con antelación a esta fecha, no consta que tenga visado para permanecer en España, no ha intentado regularizar su situación solicitando algún tipo de autorización para permanecer de forma legal en España, el tiempo que lleva en España es muy escaso para considerar un arraigo en la sociedad española, el único trabajo que ha intentado obtener lo ha sido de forma ilegal y en economía sumergida.

Tampoco se acredita de forma documental, como es debido, que residan de forma legal en España otros familiares distintos de su esposa, habiendo contraído matrimonio con posterioridad al inicio del expediente de expulsión y no apreciándose que haya mantenido con su esposa con anterioridad al matrimonio una relación de afectividad análoga al matrimonio, pues sólo consta empadronado en el mismo domicilio a partir del día 6 de junio de 2008, poco más de un mes antes de iniciarse el expediente de expulsión.

De ninguna manera se puede decir que exista arraigo en la persona del Sr. José Carlos, pues desde que entró en España hasta que se le incoó un expediente de expulsión transcurrieron unos muy pocos meses.

Expulsión: anulación. El sancionado se ha encontrado durante varios años en situación de regularidad en España; si bien le había sido denegada la petición de residencia permanente, esa denegación se encuentra pendiente de decisión judicial por haber sido impugnada en vía contenciosa.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Fecha: 20 de diciembre de 2010

Recurso de Apelación: 319/2010

Ponente: Don Wenceslao Francisco Olea Godoy

Voz: Expulsión y prohibición de entrada: solicitud de residencia permanente

De lo expuesto en los anteriores fundamentos se concluye que lo decidido en la resolución impugnada es considerar que el recurrente en la instancia estaba incurso en la infracción grave tipificada en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero 2000, por la que se regulan los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. La conducta que

se sanciona es la de «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». La mencionada infracción grave podía

ser sancionada, al momento de autos, con multa de 300,52 a 6010,12 euros, o con expulsión, atendiendo «al principio de proporcionalidad», conforme resulta de los artículos 53 y 57 de dicha Ley, en la redacción aplicable en el presente caso. Planteado el debate en esos términos, debe recordarse la reiterada Jurisprudencia, que exime de cita concreta, conforme a la cual los preceptos legales mencionados, atendiendo a los principios interpretativos que inspiran las normas sancionadoras, sometidas a las reglas del Derecho Penal, obligan a considerar que la sanción procedente ha de ser, en principio, la de menos entidad, la de multa, y que la imposición de la sanción más grave de expulsión ha de reservarse a aquellos supuestos en que sea apreciable un plus de reprochabilidad en el sancionado que puede y debe hacerse constar expresamente en la motivación de la decisión administrativa o, cuando menos, que aparezcan reflejadas en el expediente las circunstancias que aconsejarían la imposición de esa infracción más grave. Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto, lo que se razona en la sentencia de instancia es que en el presente caso no cabe apreciar esas circunstancias que aconsejaban la imposición de la sanción de expulsión y ello porque, como se dice en la sentencia, las pretendidas actuaciones penales que se mencionan en la resolución no pueden ser valoradas por haberse acordado el sobreseimiento de la causa criminal; de otra parte, que

el mero hecho de la estancia irregular en España no puede ignorar que esa situación está condicionada a la legalidad de la decisión que se adoptara en vía contenciosa de la resolución en la que se denegaba el permiso de residencia permanente; y si bien es cierto que debió haberse traído al proceso las actuaciones sobre dicha impugnación —sólo consta la solicitud de justicia gratuita y la admisión a trámite—, así como que se hubiese solicitado —como se reprocha de contrario— la suspensión de la medida de salida del territorio nacional, consecuencia de la denegación del permiso de residencia permanente —que nada consta— y, en su caso, la sentencia que se dice haber anulado la denegación —así se aduce en el escrito de oposición a la apelación—; no es menos cierto que a los efectos de la proporcionalidad exigida, como se dijo, sí ha de considerarse, como concluye la Magistrada de instancia, que resultaba improcedente la sanción de expulsión al no constar los hechos negativos en los que dice fundarse la resolución sancionadora. Así pues, no es que se desconozca la eficacia de los actos administrativos, como se reprocha por la defensa de la Administración, sino que esa pendencia de la legalidad de la denegación del permiso de residencia no puede servir para motivar la imposición de la sanción más grave. Consecuencia de lo expuesto es que debe confirmarse la sentencia apelada.

Expulsión del territorio nacional: rechazo de las razones de arraigo que se aducen, debido a la estancia ilegal en España desde que le fuese denegado al nacional brasileño el permiso de residencia en resolución que el recurrente dejó firme y consentida.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura**

Fecha: **20 de diciembre de 2010**

Recurso de Apelación: **301/2010**

Ponente: **Don Wenceslao Francisco Olea Godoy**

Voz: **Ausencia de arraigo en procedimiento de expulsión. Nacional de Brasil**

No se hace en el escrito de apelación por el apelante un rechazo concreto y específico sobre los motivos que se contienen en la sentencia de instancia para la confirmación de la decisión administrativa de expulsión.

Lo que se reitera son las condiciones que, a juicio de la defensa del recurrente, sirven para justificar la imposición de la sanción de multa en vez de la de expulsión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.1.a), en relación

con los artículos 53 y 57, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero 2000, por la que se regulan los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Sin embargo, nada se dice sobre las circunstancias que, apreciadas por la Administración en la resolución impugnada, son consideradas suficientes por la Magistrada *a quo* para justificar la imposición de la orden de expulsión —circunstancias que damos aquí por reproducidas—, que no han sido negadas de contrario y que obligan a mantener el criterio ya fijado en la sentencia que se recurre. Ello obliga a rechazar las razones de arraigo que se aducen en la apelación y demás razones en apoyo de una estancia en España, que es ilegal desde que le fuera denegado el permiso de residencia en resolución que el recurrente dejó firme y consentida. De otra parte, no puede servir de fundamento a la pretendida exclusión de la sanción de expulsión el hecho de haber tenido el matrimonio del que

forma parte el recurrente un hijo nacido en España —el 4 de junio de 2009—, ya iniciado el procedimiento sancionador que se dice gozar de la presunción de nacionalidad española; en primer lugar, porque esa declaración, como se aduce y consta de los documentos aportados, tiene el valor de simple presunción y así resulta de la documentación aportada que se refiere a la mera solicitud al Registro Civil no que conste en dicho instrumento público; de otra parte, que no acredita que el menor no ostente la nacionalidad del resto de miembros de la familia, la de la República de Brasil, porque si bien es cierto que el Consulado de ese País acredita que dicho menor no ha ejercitado su derecho a «confirmar» la nacionalidad brasileña por haber nacido en el extranjero de padres brasileños, es lo cierto que el artículo 12.3 de la Constitución de 1988 de dicha República permite efectuar esa confirmación antes de la mayoría de edad.

Expulsión: denegación de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución que acuerda la expulsión del territorio nacional de la ciudadana boliviana apelante, por ser detenida como presunta autora de un delito de tráfico de drogas, así como estancia irregular por carecer de autorización de estancia o residencia en vigor. Arraigo: ausencia de acreditación.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Fecha: 22 de diciembre de 2010

Recurso de Apelación: 178/2010

Ponente: Don Fernando Socías Fuster

Voz: Expulsión por estancia irregular: ausencia de arraigo

En lo que se refiere a la suspensión de la decisión administrativa de expulsión de extranjeros del territorio nacional, la doctrina jurisprudencial la considera procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España, sea por intereses familiares o sea por intereses económicos, de tal modo que la salida inmediata del país le causare perjuicio de difícil reparación (por todos, autos del TS de 17 de septiembre de 1992 y 18 de mayo de 1995).

En el caso que nos ocupa, el solicitante de suspensión invocó —pero no acreditó— el eventual arraigo y se limitó a decir que la expulsión le causaría «perjuicios», lo que no se pone

en duda pero sin que tales perjuicios sean de entidad suficiente como quebrar el principio de ejecutividad de los actos administrativos cuando la estancia en este país no ha generado arraigo familiar o socioeconómico.

Interpuesto el recurso de apelación, se reinicia indicar que el arraigo reside en la acreditada estancia en España, pero la simple estancia irregular carente de vinculación familiar o laboral, no supone arraigo merecedor de protección con la medida de suspensión interesada.

Con respecto a la apariencia de buen derecho en su impugnación de la orden de expulsión, el TS entiende que es de aplicación al tiempo de

adoptar medidas cautelares en los limitados supuestos de nulidad de pleno derecho, si es manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto; y de existencia de un criterio jurisprudencial reiterado frente al que la Administración opone una cierta resistencia; en cuanto que lo manifiesto es lo ostensible, indiscutible, y fácilmente apreciable a simple vista, pero no la aplica cuando se invoca la nulidad de un acto o

disposición que ha de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, puesto que lo contrario supondría prejuzgar la cuestión de fondo —por primera vez— sin atenderse al derecho al proceso y a las garantías de contradicción y prueba que corresponde a todas las partes intervinientes en el proceso, al no ser el incidente de suspensión, según se viene explicando, cauce idóneo para resolver sobre la cuestión de fondo del debate que, necesariamente, ha de abordarse y resolverse en sentencia.

Expulsión del territorio nacional: carencia de documentación expedida por autoridades españolas que autorice su presencia en España. Estancia irregular: no acreditación de la existencia de circunstancias de arraigo laboral o familiar en España.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **30 de diciembre de 2010**

Recurso de Apelación: **22/2009**

Ponente: **Don Joaquín Moreno Grau**

Voz: **Procedencia de la expulsión: ausencia de arraigo familiar y laboral**

El auto apelado deniega la suspensión del acto impugnado solicitada por la parte recurrente por entender que, valorados los distintos intereses en conflicto, la ejecución del acto no hace perder su finalidad legítima al recurso (artículo 130 LJ), en la medida de que puede denegarse la suspensión cuando de ella puede seguirse perturbación grave a los intereses generales. Añade el auto apelado que no se acreditan otros daños y perjuicios que ocasionaría la salida del apelante del territorio español, por lo que tal argumento carece de relevancia para acceder a la solicitud de suspensión de la orden de expulsión, que se funda en el hecho de permanecer ilegalmente en España. La parte apelante argumenta que el procedimiento sancionador es nulo, que existe arraigo y que los perjuicios de la expulsión serían irreparables.

(...)

La denegación de suspensión es conforme a derecho, pues se han valorado los intereses en conflicto y se le ha dado prevalencia al interés general frente al particular de la recurrente, quien no acredita, aunque sea *prima facie*, la existencia de circunstancias de arraigo laboral o familiar en nuestro país. No aporta documento alguno referente a su integración laboral o a la

suficiencia de medios económicos para subsistir, ni tampoco que cumpla los requisitos para poder obtener la regularización con el nuevo proceso de normalización que estableció el Real Decreto 2393/2004, ni siquiera el lugar por donde ha entrado en España, ni que se encuentre debidamente identificado. Es más, esta Sala carece de elementos suficientes para poder considerar que podría existir apariencia de buen derecho, ya que únicamente consta en la pieza la petición y la resolución dictada, sin acompañar documento alguno que pudiera hacer aplicable en su día, al dictar Sentencia, el criterio que esta Sala viene manteniendo para sustituir la expulsión por multa recogiendo el criterio sentado entre otras en Sentencias de 14 de octubre de 2005, 22 de diciembre de 2005 o 30 de junio de 2006. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, como ha señalado esta Sección en repetidas ocasiones, aunque la ejecución suponga la expulsión del extranjero 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 si se da en aplicación del principio *fumus boni iuris* el arraigo de la apelante,

teniendo en cuenta por otro lado que la expulsión tampoco hacer perder su finalidad legítima al recurso, ya que de prosperar la pretensión de la actora, siempre podría regresar a España.

Ni en la instancia ni en esta apelación, a pesar de señalarse la existencia de elementos indicativos de arraigo, se aportó ningún documento acreditativo del arraigo.

Expulsión del territorio español: la falta de sello de entrada en su documentación no es un hecho constitutivo de sanción de expulsión. Principio de proporcionalidad: desconocimiento por parte de la Administración.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **13 de enero de 2011**

Recurso de Apelación: **245/2010**

Ponente: **Don Miguel Ángel García Alonso**

Voz: **Sanción de expulsión y principio de proporcionalidad: documentación de entrada**

En el presente caso, consta del examen de los datos obrantes que el extranjero se encontraba en España al menos desde el 10 de julio de 2006, en el que abrió una cartilla de ahorro en una entidad bancaria, que se encontraba empadronado desde el 26 de octubre de 2006, antes de que se incoara el expediente de expulsión. Al mismo tiempo no consta que tuviera cualquier tipo de antecedentes desfavorables.

El recurrente ha acreditado en el proceso judicial encontrarse documentado con su pasaporte y que se encuentra domiciliado.

Concretamente compareció en la secretaría exhibiendo su pasaporte cuyo número y nacionalidad consta en la comparecencia *apud acta* realizada. Debe recordarse que los principios inspiradores del Derecho Penal rigen en el Derecho Administrativo, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado. La Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981 afirma que: «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro

Tribunal Supremo. Estos principios se encuentran recogidos ahora en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), de 26 de noviembre de 1992 (L 30/1992), en cuyo Capítulo I del Título IX sobre la potestad sancionadora se recogen los principios a los que debe estar sometida dicha potestad de la Administración».

La falta de sello de entrada constituye un hecho constitutivo de la pretensión de imposición de la sanción de expulsión, por lo tanto su prueba le corresponde a la administración que pretende imponer la sanción.

Ello ha resultado posible desde el momento en que se ha dispuesto de pasaporte para poder incorporar una copia completa.

No lo ha hecho así por lo que no puede utilizarse este argumento en apoyo de la resolución de expulsión.

Por lo que la permanencia ilegal con los hechos que constan en el expediente administrativo no es motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha expuesto las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional.

Expulsión: desestimación de su revocación a nacional de Bolivia. Principio de proporcionalidad: No vulneración. Estancia irregular en territorio español: no facilitación de pasaporte que acredite realmente el tiempo que lleva en territorio Schengen ni el puesto fronterizo por el que entró. Arraigo: inexistencia de relaciones laborales de ningún tipo.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León**

Fecha: **14 de enero de 2011**

Recurso de Apelación: **214/2010**

Ponente: **Don Eusebio Revilla Revilla**

Voz: **Inexistencia de arraigo en expediente de expulsión: principio de proporcionalidad**

En el presente caso no concurren los presupuestos para llevar a cabo la revocación de la resolución de expulsión. La situación de ilegalidad persiste en los mismos términos que fue apreciada en su momento, pues la demandante se limita a señalar que «está pendiente de legalizar su situación». Las circunstancias familiares que se alegan (matrimonio con una extranjera y convivencia con unas hermanas) no pueden constituir arraigo a los efectos de acordar la imposición de una multa. La sanción resulta proporcionada, teniendo en cuenta que el actor carecía de documentación y no acreditaba medios de vida. Es más, aun después de haberse dictado la resolución de expulsión, no se llevó a cabo la regularización de la situación del demandante. La resolución administrativa cumple por otra parte con las exigencias legales y jurisprudenciales de motivación al explicar los motivos por los que se acuerda la expulsión.

(...).

A dicho recurso se opone la Administración demandada, esgrimiendo los siguientes motivos:

1.º) Que siendo firme la resolución de 3 de octubre de 2010 que acordaba la expulsión del apelante por encontrarse irregularmente en territorio español, y encontrándonos en el presente caso ante una solicitud de revocación de la citada resolución formulada por vía del artículo 105 de la Ley 30/1992, dicha parte insiste en que no concurren los requisitos necesarios para que la Administración proceda a revocar el citado acuerdo de expulsión, ya que subsiste su estancia irregular, no ha acreditado el matrimonio que afirma haber contraído con María Esther, y sigue indocumentado porque aún no ha facilitado el pasaporte que acredite realmente el tiempo que lleva en territorio Schengen ni el puesto fronterizo por el que entró, no bastante para archivar la expulsión el hecho de convivir en España con dos hermanas que tienen permiso de residencia legal.

2.º) Por otro lado, insiste en que no concurre en el apelante una verdadera situación de

arraigo, que permanece en situación irregular, amén de que no cabe apreciar falta de motivación ni de proporcionalidad en la actuación administrativa.

(...)

Y la Sala, al igual que razonaba de forma acertada el Juzgado de Instancia, considera que en el presente caso no concurren en el solicitante D. Alejandro las circunstancias exigidas en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992 para poder acceder a la revocación solicitada, y ello por lo siguiente: primero, porque la permanencia y estancia del apelante en territorio español sigue siendo irregular e ilegal; segundo, porque tampoco consta que haya intentado regularizar su situación en ningún momento; tercero, porque pese a las reiteradas referencias de la Administración a la indocumentación (no presentación del pasaporte) del apelante, éste es el momento en que tampoco en vía jurisdiccional el anterior ha presentado el pasaporte que le documente e identifique en forma; no entiende la Sala esta renuencia del apelante a querer identificarse legalmente, toda vez que sin una verdadera y auténtica identificación y documentación resulta imposible regularizar la situación del apelante en territorio español; cuarto, porque las circunstancias que ahora esgrime la parte apelante son circunstancias que de producirse lo han sido en fecha muy posterior al acuerdo que imponía la expulsión; quinto, porque tampoco concurre en el apelante la situación de arraigo definida en el artículo 45.2 del Reglamento de Extranjería aprobado por RD 2393/2004, amén de que el apelante insiste en que convive con su esposa y sin embargo no ha acreditado siquiera de forma mínima ni indiciaria la realidad y certeza de dicho matrimonio, por lo que la Sala no puede tener por acreditada tal circunstancia parental en la que se apoya para defender que se encuentra arraigado en España.

Y la Sala insiste en que no cabe apreciar en el apelante que concorra una situación de arraigo por el hecho de que lleve presuntamente en

España desde el mes de febrero de 2007, lo que tampoco se ha probado, ya que no ha presentado pasaporte que acredite el lugar y el día en que entró en España, no bastando a tal fin el hecho de haberse empadronado ya que para verificar dicho empadronamiento no consta que se realizara con exhibición del pasaporte; ni tampoco acredita la realidad del arraigo el hecho de que vivan en España dos hermanas del apelante, con permiso de residencia, ya que de los datos aportados (...), no resulta que el apelante conviva con sus hermanas, ya que cada hermano/a vive en un domicilio distinto. Pero sobre todo considera la Sala que no concurre el arraigo definido en el artículo 45.2 del citado Reglamento de Extranjería,

y ello por lo siguiente: así no concurre el arraigo laboral ya que no ha demostrado la existencia de relaciones laborales de ningún tipo durante su permanencia en España y por ello menos aun una relación laboral con una duración no inferior a un año; y tampoco concurre el arraigo social porque cuando solicitó el sobreseimiento y archivo del expediente de expulsión el día 12 de agosto de 2009 y cuando se dictaron las resoluciones administrativas impugnadas de fecha 20 de agosto y 3 de noviembre de 2009 aún no llevaba ni mucho menos tres años en España, amén de que tampoco cuenta con contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de formular dicha solicitud.

Expulsión del territorio español: inexistencia de vulneración del principio de proporcionalidad de la pena. Arraigo: el recurrente no tiene permiso de trabajo por lo que difícilmente puede acreditar la existencia de ingresos y tampoco la documentación necesaria para permanecer legalmente en territorio español y constándole antecedentes policiales.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Fecha: 20 de enero de 2011

Recurso de Apelación: 452/2010

Ponente: Doña María González de Lara Mingo

Voz: Antecedentes penales y ausencia de arraigo: proporcionalidad de la expulsión

Del expediente administrativo y de los propios autos resulta que el día 22 de julio de 2007 una patrulla de la Policía Nacional fue comisionada (...) ya que al parecer una mujer acompañada de su hija estaba siendo agredida por un varón el cual se encontraba junto a un vehículo Seat Ibiza. Al llegar al lugar de los hechos la Policía encontró dentro del Seat Ibiza al hoy recurrente ensangrentado. Al pedirle la documentación la Policía comprobó que tenía una orden de alejamiento consistente en no acercarse al domicilio de su ex pareja D.^a María a menos de 500 metros. Que el lugar en que fue detenido el recurrente se encontraba a escasos metros del domicilio de su ex pareja. Que en el momento de la detención el hoy recurrente dio una patada en los testículos a uno de los Policías Nacionales. Al carecer de la documentación necesaria para permanecer legalmente en territorio español, se instruyó expediente de expulsión como presunto responsable

de una infracción a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, concretamente del artículo 53.a), y tras la correspondiente tramitación recayó la resolución de expulsión que se impugna en este recurso jurisdiccional. Que por resolución (...) le fue denegada al hoy recurrente la renovación del permiso de trabajo y residencia. Dicha resolución se fundó en que el recurrente tenía antecedentes penales al haber sido condenado por Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2005 en la causa 147/2005 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Bis de Madrid a la pena de seis meses y un día de prisión y a la pena de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, familiares u otras personas durante dos años. Dicha resolución consta recurrida en alzada. Que el recurrente es padre de una niña con nacionalidad española junto con su ex pareja D.^a María. (...)

Por otra parte no estamos ante un supuesto en que conste una mera reseña policial sobre los antecedentes del recurrente. En el escrito a través del cual formalizo el recurso de alzada la parte reconoce que ha sido condenado por Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2005 en la causa 147/2005 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Bis de Madrid a la pena de seis meses y un día de prisión y a la pena de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima y familiares u otras personas durante dos años, y aportó certificado de antecedentes penales. En el momento de su detención el recurrente estaba quebrantando la condena al acercarse al domicilio de su víctima y además agredió a

un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, estos dos delitos son apreciados por la Policía. No estamos ante una mera reseña policial, en la que no constan suficientes datos para poder ser valorada por el órgano judicial.

Del relato antes mencionado se desprende que el recurrente tiene vigente una orden de alejamiento respecto de su hija menor como familiar de su víctima y madre de la menor. El recurrente no ha acreditado que tenga concedido derecho de visitas respecto a su hija menor, ni que para la misma sea conveniente el contacto con su padre, contacto que más bien parece desaconsejable, y por tanto no estamos ante un supuesto de arraigo familiar digno de tutela.

Expulsión: adopción de la medida cautelar de suspensión de la sanción de expulsión por causación de perjuicios de imposible o muy difícil reparación al recurrente en el caso de producirse la expulsión. Se tiene en cuenta que el apelante llevaba en España bastante tiempo por cuanto que sus padres y hermana se encuentran en España.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León**

Fecha: **21 de enero de 2011**

Recurso de Apelación: **272/2010**

Ponente: **Don Eusebio Revilla Revilla**

Voz: **Suspensión de la expulsión: arraigo familiar y social**

Ahora bien se trata seguidamente de dilucidar, dado que nos encontramos simplemente ante la solicitud de una medida cautelar, si en el presente caso la no adopción de dicha medida causaría perjuicios de imposible o muy difícil reparación al recurrente, hoy apelante tal y como viene afirmándose en el recurso de apelación; y la Sala sin querer prejuzgar el fondo del recurso que se examinará en los autos principales y destacando que únicamente estamos valorando la conveniencia o no de dicha medida, considera que en el presente caso procede, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada y con las circunstancias que concurren en el apelante, acceder a la medida cautelar solicitada, toda vez que de no accederse se causaría graves perjuicios al anterior, por cuanto que si bien el mismo es verdad que tiene en la actualidad 22 años (al haber nacido el día 19 de mayo de 1988) y que ha sido condenado por un delito de robo con violencia e intimidación en las personas a una pena de un

año de prisión, también lo es, como así resulta del propio expediente administrativo, del contenido de la resolución de 17 de mayo de 2010 y de los documentos aportados con la demanda: primero, que el apelante, salvo que otra cosa se acredite en los autos principales a lo largo de la tramitación del recurso, lleva en España al menos desde el año 2002, que desde el año 2004 ha disfrutado en España de permiso de residencia de tal modo que con fecha 19 de abril de 2006 le fue concedida autorización de residencia temporal segunda renovación con fecha de caducidad de fecha 18 de abril de 2011, aunque si bien con fecha 18 de febrero de 2010 le ha sido concedida una autorización de residencia de larga duración con vigencia hasta el día 18 de febrero de 2002, como así resulta de la copia del permiso de residencia aportado con la demanda; segundo, que también su padre vive y trabaja en España desde el año 2000; tercero, que a la fecha de los hechos convive en el mismo domicilio junto con

su padre y madre y con una hermana al menos; y cuarto, que al menos desde el mes de junio de 2010 viene trabajando a tiempo parcial 20 horas a la semana; es decir, que el apelante lleva en España desde los 14 años por lo que toda su adolescencia y pubertad la ha pasado en España y no en su país de origen Argelia, amén de que también están en España sus padres y al menos una hermana con los que convive en el mismo domicilio en la ciudad de Ávila donde están empadronados. Considera por ello la Sala, ante la evidente situación de arraigo al menos familiar y social que concurre en apelante por su larga permanencia en España, que la no suspensión de la expulsión causaría graves perjuicios personales y familiares al apelante, ya que aunque tiene 22 años y jurídicamente pudiera estar independizado sin embargo en realidad el mismo sigue conviviendo con sus padres y sus hermanos, lo que por otro lado no deja de ser una circunstancia común y frecuente en casos similares. Así, su expulsión implicaría que el apelante tendría que regresar a Argelia donde no están ni sus padres

ni sus hermanos y de donde se marchó hace, por lo menos 9 años, cuando tan sólo contaba con 14 años, lo que evidencia que pocos o ningún vínculo familiar o social tiene en Argelia, de ahí que su expulsión sería sumamente gravosa. Ahora bien, en el presente caso se adopta la medida cautelar solicitada, y ello sin perjuicio de lo que finalmente pudiera resolverse sobre el fondo del recurso en los autos principales, resolución que no puede en ningún caso venir condicionada por la adopción de la presente medida cautelar que tan sólo se adopta a la vista de que el apelante lleva en España mucho tiempo, incluso desde cuando era menor de edad y por cuanto que sus padres y hermana se encuentran en España.

Por todo lo expuesto, es por lo que la Sala, discrepando del criterio del auto de instancia y del criterio de la Administración acuerda estimar el recurso de apelación, y tras revocar el auto impugnado se acuerda acceder a la medida cautelar solicitada, suspendiéndose las resoluciones impugnadas y por ello la orden de expulsión y prohibición de entrada acordada en las mismas.

Derecho a la libre entrada y circulación: no es posible conceder los derechos reconocidos en la Constitución a quien nunca los tuvo por no haber dispuesto nunca de la nacionalidad española. Únicamente se produjo una residencia durante 10 años. Sanción de expulsión.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 27 de abril de 2011

Recurso Contencioso-Administrativo: 270/2009

Ponente: Don Eduardo Espín Templado

Voz: Expulsión por motivos políticos de ciudadano kirguiz

Según afirma el recurrente, desde 1953 hasta 1963 residió con su familia en Valencia, siendo expulsado de España en dicho año por motivos políticos, al haber viajado su familia a la entonces Unión Soviética y ser tachada toda la familia como espía.

El recurrente dirige entre 2004 y 2006 diversos escritos a la Delegación del Gobierno en Valencia reclamando que se revise la orden de expulsión acordada en 1963, sin haber recibido respuesta. El actor aporta copias de los escritos de 10 de septiembre de 2004, 4 de octubre de 2005 y 11 de diciembre de 2006, de los que sólo el último está sellado.

Por otra parte, el recurrente presentó el 14 de enero de 2005 un escrito dirigido a la Comisión Interministerial para el estudio de las víctimas de la guerra civil y del franquismo solicitando que se declarase la nulidad de su expulsión y la de su familia y se le restableciese en su derecho de libre circulación en España. Ante la falta de contestación, el 23 de noviembre de 2005 dirigió una nueva petición al Consejo de Ministros de que se le restableciese en sus derechos fundamentales de los artículos 19 y 14 de la Constitución, dado que se les había expulsado de España a él y a su familia por motivos políticos y se les había tratado de forma desigual.

Ambos escritos fueron respondidos por la referida Comisión explicando la falta de competencias de la misma para la tramitación y resolución de expedientes individuales como el pretendido por el solicitante.

(...)

El actor y su familia residían legalmente en España en 1963; como consecuencia de haber visitado la antigua Unión Soviética fueron tratados como espías y expulsados por motivos políticos del territorio nacional. Sin embargo, afirma, la resolución de expulsión no existe y no puede ser documentada. En la época de la expulsión, añade, estaba en vigor el Fuero de los Españoles, cuyos artículos 14 a 19 reconocían diversos derechos entre los que se encontraba el de libre fijación de la residencia.

El recurrente afirma no entender por qué la resolución del Consejo de Ministros le abre las puertas a la vía contencioso administrativa «cuando solamente debería de ofrecer al recurrente una respuesta según la STS de 10 de diciembre de 2008 de esta Sala y Sección, indistintamente de la legalidad o ilegalidad que se le desee ofrecer a dicha respuesta», y añade que, sin embargo, «no desea perder la oportunidad que la propia resolución le ofrece, no obstante entiende que contra dicha resolución no cabe recurso contencioso-administrativo alguno».

Solicita que se le reconozca por vía judicial su derecho a una «declaración de reparación y reconocimiento personal como víctima del Franquismo», «para hacer uso de su derecho de entrada al territorio nacional para los que en su día fueron expulsados arbitrariamente, dado el hecho que mi cliente no cumple con los requisitos de entrada de la vigente Ley de Extranjería dada su edad avanzada y falta de medios económicos que perdió a raíz de su expulsión en nuestro territorio nacional».

Finaliza su escrito con el siguiente *petitum*: que esta Sala «dicte Sentencia contra la resolución negativa expresa del Consejo de Ministros y/o contra las resoluciones negativas presuntas de la Delegación de Gobierno en Valencia arriba mencionadas, las declare, ya sea parcial o totalmente nulas de pleno derecho y restablezca el derecho de mi cliente en el sentido que la Sala lo estime que sea más procedente en derecho a efectos que el recurrente pueda ingresar al territorio nacional y/o pueda interponer el recurso contencioso-administrativo contra la orden de expulsión que pesa sobre éste y su familia».

(...)

Así, de sus escritos se deriva, pese a la imprecisa forma de expresión del recurrente, que lo que solicitaba el actor al Consejo de Ministros es que se considerase nula de pleno derecho la supuesta expulsión por motivos políticos ocurrida según el actor en 1963 y que se reconociera su derecho a la libre entrada y circulación en condiciones de igualdad en el territorio nacional. Pues bien, el Consejo de Ministros da una respuesta razonada de forma que, en lo que al derecho de petición atañe, el actor ha visto cumplidamente satisfecho su derecho al haber obtenido una respuesta motivada y razonable que contestaba a sus pretensiones. En concreto, el Consejo de Ministros responde: «Es importante señalar que la condición de ciudadano kirguiz que ostenta el Sr. Hugo hace inaplicable el contenido de los artículos 14 y 19 de la Constitución española al presente supuesto, dado que los mismos se refieren exclusivamente a ciudadanos españoles. No es posible pretender el restablecimiento de unos derechos que al parecer nunca se han tenido, ya que de la documentación aportada consta únicamente que residió en España, concretamente en El Grao (Valencia), entre 1953 y 1963. Por otra parte, como señala el Abogado del Estado en sus alegaciones, reflejadas en la resolución judicial a la que ahora se da cumplimiento, sería absurdo reconocer los derechos a residir y circular libremente por el territorio español que el mencionado artículo 19 otorga, a quien ni es español ni reside en el Reino de España.

[...] En conclusión, la petición que formula el representante del Sr. Hugo de restablecimiento de los derechos contemplados en los citados artículos 14 y 19 de la Constitución española, amparadas en una supuesta expulsión de su representado por motivos políticos en el año 1963, no puede ser estimada toda vez que los extranjeros que deseen establecerse en España deberán reunir los requisitos y atenerse al procedimiento establecido en la normativa general española sobre extranjería e inmigración, contenida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social y en su Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sin que los motivos políticos alegados alteren la obligación de su cumplimiento».

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo

Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Fecha: **28 de enero de 2011**

Recurso: **Recurso de Suplicación núm. 2778/2010**

Ponente: **Doña Carolina San Martín Mazzucconi**

Voz: **Promesa de contrato. Incumplimiento: Efectos. Indemnización de daños y perjuicios**

Resumen: «TERCERO.—El recurrente considera que la sentencia de instancia ha vulnerado los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, preceptos estos que aluden a la responsabilidad contractual por daños y perjuicios y al alcance de la indemnización. Por otro lado se cita jurisprudencia sobre ruptura del precontrato. Para que un daño se conceptúe como reparable debe ser cierto (SSTS 25 de marzo de 2002, 26 de marzo de 1997, entre otras muchas), realmente existente, por lo que los daños hipotéticos o eventuales quedan excluidos. Y en orden a apreciar la certeza del daño alegado, su existencia debe ser probada, porque no todo acto ilícito o incumplimiento contractual genera perjuicios necesariamente (SSTS 10 de junio de 2000, 26 de septiembre de 2000). Igualmente, se exige un principio de prueba respecto de la relación de causa a efecto entre la conducta ajena y los mencionados daños (STS 10 de junio de 2000).

En definitiva, como ha recogido la doctrina (Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi: La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo, Aranzadi), la regla general acerca de la acreditación de los perjuicios es que su existencia debe ser probada categóricamente por quien la alega (STS 10 de junio de 2000), lo que queda exceptuado en aquellos casos en los que la propia norma anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica (Sentencia AP Barcelona 10 de marzo de 2000), o cuando la producción del daño se tiene por evidente por deducirse fatal y necesariamente de los hechos demostrados y reconocidos (SSTS 30 de marzo de 1984, 19 de octubre de 1994, 17 de

noviembre de 1999, 10 de junio de 2000). Esto último ocurre sobre todo con los daños extrapatrimoniales (especialmente los morales), dada la dificultad que a veces conlleva su acreditación, y no se exige su prueba directa sino la del acto que necesariamente genera tal daño.

También el alcance o cuantía del daño ha de acreditarse por quien lo alega.

En cualquier caso, la apreciación de la certeza del daño y de su alcance corresponde al juez de instancia, siendo una cuestión de hecho (entre otras muchas, STS 10 de junio de 2000). Según se indica en STS 15 de junio de 2000 “la instancia es soberana para apreciar, según el resultado de las pruebas, la existencia de daños y perjuicios derivados de la aplicación del artículo 1101 del Código Civil, así como la cuantía de los mismos o las bases para su fijación posterior en trámite de ejecución”.

Por lo que se refiere a reclamaciones de trabajadores frente a empresarios por ruptura de precontrato, los Tribunales no se ponen de acuerdo en el sistema idóneo para cuantificar los daños, y es verdad que en algunas ocasiones se ha cuantificado según los salarios dejados de percibir, tal como desea el recurrente. Sin embargo, ello presenta una alta dosis de imprecisión respecto de la fecha *ad quem* para dicho cálculo. El recurrente estima que debería compensarse con el equivalente a un año de salario (en coherencia con la duración estimada del contrato que constituía la oferta de empleo), pero ¿acaso no habría podido terminar antes por muy diversas causas? Por ejemplo, y señaladamente, durante el período de prueba al caer en la

cuenta de que el actor desconocía absolutamente el idioma castellano. Tanto para calcular el salario que se habría devengado como para acotar el período de referencia a la hora de cuantificar una hipotética indemnización por despido, se requiere una proyección de futuro altamente incierta (Sempere-San Martín).

Frente a esta opción interpretativa tan problemática, se alza otra basada en los daños reales, que es la que se ha seguido por esta Sala en la Sentencia de 30 de junio de 2010. En su virtud, la indemnización se fija en cada caso, sin los parámetros preconcebidos del criterio anterior (SSTS 30 de octubre de 1988, 15 de marzo de 1991). El daño emergente se concreta en los gastos efectivamente sufridos por el trabajador y, en su caso, la pérdida del empleo anterior en la confianza de la nueva contratación (lo que aquí no consta que acontezca). El lucro cesante, como ganancia futura dejada de percibir, no queda más remedio que fijarlo discrecionalmente por el órgano judicial, que puede llevar a cabo su valoración teniendo en cuenta bien los salarios que habría percibido, bien la indemnización por despido en función del tiempo que habría trabajado. Ahora bien, respecto del parámetro salarial, el Tribunal Supremo aclara que debe modularse considerando que el trabajador se ha visto exonerado de su propia prestación (STS 19 de julio de 1990). Adicionalmente, han de valorarse los posibles daños morales que el perjudicado alegue y acredite.

CUARTO.—Según la doctrina que acaba de exponerse, está claro que el punto de partida para el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios en este caso tiene que ser la acreditación de la certeza del daño sufrido o, en defecto de su prueba, que la producción del mismo se tenga por evidente al deducirse fatal y necesariamente de los hechos demostrados y reconocidos.

Consta en los hechos probados que el actor se desplazó desde Marruecos para iniciar su actividad laboral, y mantiene el magistrado *a quo* que se personó en la empresa y que posteriormente insistió por teléfono en su frustrada contratación. No se ha acreditado nada más en orden a la apreciación de un perjuicio, ni sobre su certeza ni sobre su alcance.

Por tanto, en cuanto al daño emergente (gastos efectivamente sufridos por el actor), tan sólo pueden computarse los del viaje y los de su estancia mínima en España, estando de acuerdo la Sala con la estimación de esta última en 5 días de salario. En relación con el lucro cesante, el absoluto desconocimiento del idioma castellano por parte del actor y su especialidad no acorde con lo que se requería en la peluquería, aun no siendo óbice para su contratación en las condiciones en que se hizo la oferta, sin duda habría dado lugar a la válida extinción del contrato durante el período de prueba, por lo que entendemos que esos 5 días de salario cubren también este tipo de daño. Finalmente, nada se ha alegado en relación con posibles daños morales sufridos por el actor al ver frustradas sus expectativas y encontrarse en situación irregular, por lo que su reconocimiento por este Tribunal incurriría en incongruencia *extra petita*.

Como adelantamos, la Sala se pronunció ya en otra ocasión sobre un caso de extranjero extracomunitario que había viajado a España con autorización para trabajar en una empresa, y que, al llegar, se encontró con que esta última no quiso perfeccionar la contratación (STSJ Madrid 30 de junio de 2010, Sección 1.^a). Entonces se consideró adecuada una indemnización que cubría exclusivamente los gastos de viaje, estancia y daños morales (es decir, no el año de salarios dejados de percibir), y ello sin que constara en tal caso la ineptitud de la actora para desempeñar el puesto de trabajo prometido, como aquí sí que acontece.

Por último, advertimos a la representación letrada del recurrente que no puede reclamar como parte de la indemnización las cotizaciones sociales que la empresa hubiera hecho en caso de contratarlo, ya que las mismas, en su caso, no pertenecerían al trabajador sino al sistema de Seguridad Social.

En razón de lo expuesto, se desestima el motivo».

NOTA

Una empresa, radicada en Torrejón de Ardoz (Madrid), solicita una autorización de residencia y trabajo inicial por cuenta ajena a favor de un ciudadano marroquí, con domicilio en su país,

para prestar servicios con la categoría profesional de peluquero, siendo otorgada dicha autorización el 22 de octubre de 2008. El extranjero viajó a España, y una vez en territorio nacional se personó en el centro de trabajo para iniciar su actividad laboral para la empresa, si bien ésta no procedió a celebrar el contrato de trabajo en su día ofertado alegando que «presentaba un diploma en el que constaba la especialidad varones y no saber hablar castellano».

Presentada demanda en reclamación de indemnización por daños y perjuicios por ruptura de promesa de contrato, el Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa al abono de la cantidad de 447,24 euros. Frente a dicha sentencia, la empresa demandada formaliza recurso de suplicación, que fue objeto de impugnación por la contraparte.

Como se sabe, el artículo 51.14 RLOEX de 2004, en relación con el artículo 75.2.c), disponía que si transcurrido un mes desde la entrada del extranjero en España no existiese constancia de que el trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar hubiese sido afiliado y/o alta en la Seguridad Social, la autoridad competente podría resolver la extinción de la autorización. La ausencia de alta afiliación y/o alta en Seguridad Social coloca al extranjero en una situación administrativa irregular. Nótese que dicha consecuencia hacía caso omiso a las causas que provocaran esa falta de afiliación y/o alta, recayendo en el trabajador extranjero los efectos negativos de ese incumplimiento empresarial. En el supuesto que ahora se comenta, debido a la falta de alta en la Seguridad Social del trabajador en la empresa demandada la autorización fue extinguida por decisión de la autoridad administrativa competente. Actualmente, tras la reforma llevada a cabo por la LO 2/2009 y el desarrollo reglamentario efectuado por el RD 557/2011, de alguna manera se han paliado dichos efectos negativos, como se señalará posteriormente.

Al margen de ello, concedida la autorización de residencia y trabajo, y encontrándose el extranjero en territorio español, la negativa empresarial a la contratación posterior del extranjero [téngase en cuenta que durante la vigencia del RD 2393/2004, la solicitud de autorización de trabajo por cuenta ajena debía acompañarse del contrato de trabajo o la oferta de empleo en el

modelo oficial establecido, artículo 512.b)] puede acarrear la indemnización de daños y perjuicios. Como ha señalado la doctrina (Benlloch Sanz, en «Configuración del contrato de trabajo I», AA.VV., Régimen general del contrato de trabajo, Aranzadi, 2010), la promesa formal o firme de dar efectivamente trabajo en un momento posterior, acompañada de su aceptación, constituyen el contenido básico del precontrato de trabajo. Así, pues, en el precontrato, y en ello se distingue con claridad de los tratos preliminares, el vínculo contractual está fuera de toda duda. Es doctrina jurisprudencial asentada que ante el incumplimiento de cualquiera de las partes (lo habitual será el empresario) y sabiendo que el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, la parte perjudicada podrá optar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1124 CC, entre exigir la satisfacción de su pretensión o solicitar la resolución con el consiguiente resarcimiento de daños y perjuicios. Vista la opción del artículo 1124 CC surge de inmediato la duda de si es posible exigir el cumplimiento in natura o forzoso a empresario y trabajador. En el ámbito laboral la tesis mayoritaria que opta por la solución indemnizatoria. Así se pronuncia la Sala al considerar que no existe deber de suscribir un contrato de trabajo, incluso mediante una oferta previa o precontrato. Como señala la Magistrada Ponente en la Sentencia comentada, la indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo parte de la regla general acerca de que la acreditación de los perjuicios, así como el alcance o cuantía del daño, han de ser probados categóricamente por quien los alega.

En el caso que nos ocupa, consta en los hechos probados que el extranjero se desplazó desde Marruecos para iniciar su actividad laboral, se personó en la empresa e insistió por teléfono en su frustrada contratación. Pero no acredita nada más en orden a la apreciación de un perjuicio, si sobre su certeza ni sobre su alcance. Por ello, en cuanto al daño emergente, eso es, los gastos efectivamente sufridos por el extranjero, tan sólo pueden computarse los del viaje y los de su estancia mínima en España (entendiendo la Sala que esta última debe estimarse en cinco días de salario). Sin embargo, respecto al lucro cesante, como ganancia dejada de per-

cibir, su cuantificación queda en manos de los tribunales. En el supuesto concreto, el absoluto desconocimiento del idioma castellano del extranjero y su especialidad no acorde con lo que se requería en la peluquería, habría dado lugar a la válida extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba, por lo que considera la Sala que esos 5 días de salario fijados como indemnización, cubriría también el lucro cesante. En fin, como nada se ha alegado en relación a los posibles daños morales, el Tribunal no puede pronunciarse sin incurrir en incongruencia *extra petita*. En un tema similar, la propia Sala se había pronunciado con anterioridad (STSJ Madrid de 30 de junio de 2010, recurso de suplicación núm. 4681/2009) reconociendo la existencia de daños morales a una ciudadana colombiana que una vez efectuada en territorio español, y habiéndose puesto a las órdenes del empleador, éste le informó verbalmente que no tenía interés alguno en darle de alta en la Seguridad Social ni en recibirla como su empleada. La Sentencia confirmó la condena a la empresa a abonar a la extranjera la cantidad de 7.500 euros, para resarcir los perjuicios derivados de «los gastos de viaje, gastos de estancia en España, separación de la familia, y los daños morales (...) de un desplazamiento tan largo desde Colombia, para encontrarse en un país extranjero sin trabajo y sin documentación para encontrarlo y trabajar legalmente».

En fin, de la lectura de ambas Sentencias se puede concluir también que en la determinación de la cuantía de la indemnización no se incluye el salario correspondiente a un año, que sería el eventual plazo de vigencia de la autorización de residencia y trabajo que se extingue por la ausencia de afiliación y/o alta en Seguridad Social. Tampoco que se pueda reclamar como parte de la indemnización las cotizaciones sociales que la empresa hubiera hecho en caso de contratar al extranjero, ya que las mismas, en su caso, no pertenecerían al trabajador sino al sistema de Seguridad Social.

Queda dicho, entonces, que la promesa de contratar realizada por el empleador tiene carácter vinculante y obligatorio para el mismo, en el supuesto de que se cumpla la condición a la que dicha promesa se vinculaba (en estos casos, la concesión de la correspondiente autorización de

residencia y trabajo inicial por cuenta ajena), de manera que la promesa de contrato que resulta incumplida dará lugar al ejercicio de acciones, entre otras las dirigidas a obtener las correspondientes indemnizaciones de daños y perjuicios, sobre la base de lo establecido en el artículo 1101 CC.

Y así habrá de mantenerse tras la reforma operada por la LO 2/2009, sin que sea obstáculo la modificación de algunos preceptos que entran en juego. En efecto, el párrafo 4 del artículo 36 exige que la solicitud de autorización se acompañe en todo caso de un contrato de trabajo, sin que sea posible ahora la oferta de empleo. Dicho contrato de trabajo quedará condicionado a la concesión de la correspondiente autorización administrativa de trabajo de extranjero. El párrafo 2 del mismo artículo condiciona la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial al alta del trabajador en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social. Aunque el artículo 36.2 LOEX no alude al plazo en el que se debe producir el alta del trabajador en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, es el artículo 25.2.d) el que fija un plazo máximo de tres meses en que deberá producirse el alta, y una vez efectuada, el trabajador queda habilitado para realizar actividades lucrativas, laborales o profesionales. Como se observará, se ha ampliado considerablemente el plazo de que se dispone para dar de alta en la Seguridad Social. Si transcurrido el plazo de tres meses, no se hubiera producido el alta del trabajador en la Seguridad Social, el extranjero se encontrará en situación administrativa irregular y estará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en la infracción grave prevista en el artículo 53.1.a) LOEX. Si transcurrido el plazo de tres meses, no se hubiera producido el alta del trabajador en la Seguridad Social, el extranjero se encontrará en situación administrativa irregular y estará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en la infracción grave prevista en el artículo 53.1.a) LOEX. Con esta regla, se estaría penalizando al trabajador que por causas ajenas a su voluntad no ve cumplidas finalmente sus expectativas laborales. Por ello, el Reglamento de desarrollo (RD 557/2011) prevé algunas circunstancias en las que se exceptúa el anterior régimen. Así, en caso de falle-

cimiento o desaparición del empleador, el trabajador podrá ser dado de alta por otro empleador, siempre que se produzca en el plazo de los tres meses desde la entrada legal del trabajador en España, y corresponda con el ámbito territorial y la ocupación a los que, en su caso, estuviese limitada la autorización de trabajo (artículo 67.8 RLOEX). En este supuesto, el trabajador extranjero ha de comunicar a la Oficina de Extranjería competente cualquiera de las dos circunstancias referidas anteriormente, a efectos de comprobación, tras lo que emitirá un documento, a entregar al trabajador en el plazo máximo de cinco días, para que pueda dirigirse al Servicio Público de Empleo competente y solicitar sus servicios de intermediación laboral. El procedimiento relativo a la solicitud del segundo empleador será resuelto en el plazo máximo de quince días, debiendo entenderse que es desestimada si no se dicta resolución expresa en plazo.

Por su parte, el párrafo 4 del artículo 38 de la vigente LOEX impone la obligación al empresario de que, cuando el extranjero se halle en España, si no pudiera iniciarse la relación laboral comunique este extremo a las autoridades competentes. A tal fin, el artículo 67.9 RLOEX dispone que en el supuesto de que el empleador que solicitó la autorización inicial comunicara a la Oficina de Extranjería en el plazo de quince días desde que el extranjero entró en territorio español, la no posibilidad de inicio de la relación

laboral, dicha comunicación supondrá la apertura de un plazo de cuarenta y cinco días en el que un segundo empleador interesado podría iniciar una relación laboral (artículo 67.9 RLOEX). De ocurrir dicha incidencia, el trabajador extranjero podrá proceder a solicitar la emisión de un documento a la Oficina de Extranjería con el que dirigirse a la Oficina de Empleo y solicitar sus servicios de intermediación laboral. El nuevo empleador deberá acreditar que cumple con los siguientes requisitos: que presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo que garantice a aquél una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización inicial (véase, comentario al artículo 36.4 LOEX), las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a la normativa vigente y al convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría, profesión y localidad (aunque si la contratación es a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al SMI para jornada completa y cómputo anual), el empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, el empleador cuente con medios económicos, materiales o personal, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo (artículo 65 RLOEX).

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos*

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **28 de abril de 2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación 543/2010**

Ponente: **Doña Leonor Alonso Díaz Marta**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Renovación. Denegación procedente. Falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos**

Resumen: «SEGUNDO.—Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo formulado al ser de aplicación el artículo 54 del RD 2393/2004,

y exigir éste para la renovación del permiso de trabajo que se acredite la continuidad de la relación laboral que dio origen al permiso, o la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año, incluso durante un período de tres meses por año cuando se acredite que la relación laboral se interrumpió por causas ajenas a su voluntad, que ha buscado activamente empleo, o que en el momento de la solicitud tenga otro contrato en vigor. Y es lo cierto que no se encuentra la recurrente, en ninguno de estos casos, como señala Sentencia de instancia.

TERCERO.—Es cierto que la apelante cotizó 67 días durante el primer año de vigencia de la autorización. Pero ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 54 del RD 2393/2004 permite conceder a la interesada la renovación del permiso de trabajo que solicitó. Téngase en cuenta, además, que éste es el precepto aplicable en el momento de su solicitud de renovación del permiso de trabajo, que tal y como dice la sentencia apelada, ofrece más posibilidades de renovación por ser más variadas las situaciones que en su momento se pueden alegar para solicitar dicha renovación, que las exigencias de continuidad laboral del artículo 72.2 del RD 864/2001, de 20 de julio.

El citado artículo 54 establece en el n.º 3: “La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración, en el supuesto de que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende”. Y sigue diciendo: “Asimismo, se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año, y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) 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; b) Disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos en el artículo 50, con excepción del párrafo a)”. Añadiendo otra excepción en el n.º 4 del mismo artículo, según la cual “se renovará la autorización del

trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando se acredite: a) Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad; b) Que ha buscado activamente empleo, 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, y c) Que en el momento de la solicitud de la renovación tengan un contrato de trabajo en vigor”.

Así, no acredita la apelante que trabajara habitualmente durante seis meses en la actividad para la que se le concedió el permiso, en el ámbito del servicio doméstico, pues como decimos, sólo se acreditan dada de alta el día 4 de diciembre de 2007 y de baja el 8 de febrero de 2008, para volver a estar dada de alta el 2 de noviembre de 2009 hasta la finalización de la autorización que pretende renovar. No acredita, por otra parte, la apelante que las interrupciones de la relación laboral se hayan debido a causas ajenas a su voluntad, caso en el que hubiera sido suficiente acreditar tres meses de trabajo durante los dos años de permiso concedidos para que hubiera tenido derecho a la renovación del permiso de trabajo que pretendía. De igual manera, tampoco consta en el expediente documento alguno que haga pensar que la apelante haya buscado activamente empleo con su participación en acciones programadas por entidades públicas o privadas que desarrollen programas de inserción laboral; lo que le hubiera permitido gozar de la renovación del permiso de trabajo, tal y como establece en el artículo 50 citado. Pues aparece que ha estado dada de alta en demanda de empleo en el Servicio Regional de empleo y formación entre los días 20 de noviembre de 2008 y 28 de octubre de 2009, cuando ya había cesado en el trabajo el 8 de febrero de 2008, pero, insistimos, no cumplía el requisito mínimo de los tres meses que, de forma excepcional exige el precepto, sin la causa de justificación que alega se considere suficiente (no haber trabajado por causas ajenas a su voluntad como es el estado en el que se encuentra el mercado laboral).

CUARTO.—En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida por sus propios funda-

mentos, imponiendo las costas de esta instancia a la parte apelante de acuerdo con lo dispuesto en artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional».

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **1 de abril de 2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación 529/2009**

Ponente: **Don Mariano Espinosa de Rueda Jover**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Renovación. Denegación procedente. Falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos**

Resumen: «SEGUNDO.—Fundamenta la actora el recurso de apelación en las siguientes alegaciones:

a) Que ha venido realizando con habitualidad actividad laboral por cuenta ajena durante el período de vigencia de su permiso.

b) Resulta suficiente la realización habitual de la actividad laboral durante un período de tres meses, constando que la relación laboral se extinguió por causas ajenas a la recurrente.

c) Realizó una actividad laboral de 137 días en los dos últimos años superando el mínimo exigido por la Ley.

d) No se ha tenido en cuenta el cumplimiento de otros requisitos, como es la búsqueda activa de empleo ni la voluntad de trabajar, ni su situación personal.

Frente a ello la Abogacía del Estado solicita la confirmación de la sentencia y del acto impugnado.

TERCERO.—Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la sentencia apelada, en lo que no resulten contradictorios con los establecidos en la presente sentencia.

Es sabido que el objeto del recurso de apelación está constituido por la sentencia apelada. Es esencial por tanto hacer una crítica de la misma, rebatiendo sus argumentos para que dicho recurso pueda prosperar. Como señalan las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 y 22 de junio de 1999, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe

servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia.

Por otro lado la jurisprudencia (Sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993), ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal *ad quem* la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que ésta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo. Por lo tanto los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso, ello sin perjuicio claro está de recordar que el recurso de apelación es un *novum iudicium* (Sentencia del TC 1998\101, de 18 de mayo), que permite la revisión *ex novo* de los hechos y de las pruebas practicadas y, por consiguiente, valorar aquellos y éstas en conciencia, pudiendo llegar a un pronunciamiento contrario al efectuado en

la instancia (auto del TC 122/98, de 1 de junio y las varias sentencias del propio TC que allí se citan). Como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal *ad quem* la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, lo que significa un examen crítico de la sentencia apelada, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, "... la indebida o defectuosa apreciación de la prueba..." o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada (STS de 17 de enero de 2000).

Por otro lado, si la resolución de primer grado es aceptada, la que confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos, debiendo, en aras de la economía procesal, corregir sólo aquello que resulte necesario (Cfr. TS 1.ª S. 16 de octubre de 1992), amén de que una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el juzgador *ad quem* se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya utilizadas por aquélla (Cfr. TS 1.ª S. 5 de noviembre de 1992). TS 1.ª S. 22 de mayo de 2000.

La interpretación que el juzgador de instancia realiza del artículo 54 del RD 2393/2004 es la correcta, pues durante el primer año de vigencia del permiso no llegó la actora a estar tres meses de cotización, ya que estuvo 46 días, no constando que estuviera de baja por razón del embarazo, ni estuviera impedida para la realización de la actividad laboral durante todo ese período. La Sala comparte la interpretación del juzgador de instancia en el sentido de que el cómputo de la actividad debe entenderse referida a cada año, y no global incluidos los dos años, sino año a año, según el tenor literal del precepto, que habla de "seis meses por año" o "tres meses por año". Por esta razón es innecesario entrar a conocer del resto de los requisitos, como acertadamente resuelve finalmente el Juzgado.

CUARTO.—En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida por sus propios funda-

mentos; con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional)».

NOTA

Las Sentencias que ahora se comentan tienen en común que confirman la resolución administrativa que deniegan la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, al no acreditar los interesados el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 54 RLOEX de 2004, sobre la continuidad de la relación laboral.

Como se viene insistiendo en los comentarios jurisprudenciales que se recogen en esta sección de la Revista, la renovación de este tipo de autorizaciones tiene una incidencia directa en la consecución del objetivo de la integración que persigue la LOEX, inicialmente expresada en su propio título, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España «y su integración social», pero que en la norma modificada por LO 2/2009 se erige como un objetivo declarado, al que se le dedica el artículo 2 ter. Téngase en cuenta que la renovación de este tipo de autorización permite al extranjero alcanzar la residencia de larga duración que le permitirá el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional (artículo 72.1 RLOEX). Y como también se recuerda en estos comentarios, los Tribunales, en ocasiones, hacen una interpretación estricta o literal de las normas que, aun siendo impecables jurídicamente hablando, pueden ser cuestionables en orden a la justicia material.

En ambas Sentencias, se ventila un supuesto de segunda renovación de la autorización de residencia y trabajo, pues se trata de determinar si se han cumplido o no los requisitos de continuidad en la actividad laboral durante el período de dos años, esto es, durante la vigencia de la primera renovación de una autorización inicial.

Dicho lo anterior, el RD 2393/2004 parte como regla general para la renovación de la autorización de la exigencia de la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende. Siendo ésta la situación ideal, el legislador es consciente de las vicisitudes por las que puede atravesar el transcurso de la relación laboral,

motivadas, en ocasiones, por causas ajenas a la voluntad del propio trabajador, y vinculadas, en más veces de las deseables, a circunstancias ajenas a la relación laboral inter partes. A nadie se le oculta que la situación socioeconómica que España está viviendo en los últimos años afecta de manera considerable a la estabilidad en el empleo.

Por ello, el Reglamento de desarrollo de 2004 prevé otras circunstancias en las que, a pesar de no cumplir con el requisito de mantener la vigencia de la relación laboral durante el tiempo de vigencia de la autorización laboral cuya renovación se pretende alcanzar, el extranjero pueda renovar la citada autorización si cumple ciertos requisitos. Así, el artículo 54 RLOEX determina que procederá la renovación de la autorización administrativa, también, 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 estas situaciones:

1.º 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.º Disponga de un nuevo contrato de trabajo que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 del Reglamento, y que se han reseñado en el comentario al párrafo 3 de este mismo artículo. Nótese que ha desaparecido la posibilidad de la renovación cuando el trabajador extranjero cuente con una nueva oferta de empleo, en consonancia con la filosofía de la nueva Ley de exigir en todo caso la presentación de un contrato de trabajo.

Asimismo, se concederá la renovación de la autorización administrativa cuando el trabajador haya tenido un período de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente:

1.º Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

2.º Que haya buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el SPE competente como demandante de empleo.

3.º Que en el momento de la solicitud de la renovación tenga el extranjero un contrato de trabajo en vigor.

En el mismo sentido, en orden a la renovación de la autorización administrativa se prevé que procederá cuando el trabajador acredite que se ha encontrado trabajando y en alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un período de doce, o de dieciocho meses en un período de veinticuatro, siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, y haya buscado activamente empleo, supuesto que incorpora el RD 1162/2009, de 10 de julio, al ya derogado RLOEX de 2004.

En fin, cuando el cónyuge o persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal, cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador, circunstancia también procedente de la flexibilidad introducida por el RD 1162/2009, de 10 de julio, al ya derogado RLOEX de 2004.

A estos supuestos, han de añadirse las circunstancias, ya anunciadas por el artículo 38 LOEX, de que cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de Seguridad Social, se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo, o cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma (a estos efectos, téngase en cuenta la Instrucción DGI7SGRJ/07/2009).

En la primera de las Sentencias reseñadas, nada que añadir a lo comentado anteriormente, pues el extranjero tan sólo acredita haber cotizado a la Seguridad Social durante el período comprendido entre el 20 de diciembre de 2007 al 19 de diciembre de 2009, 115 días en total, cuando lo cierto es que el precepto reglamentario exige unos mínimos de actividad laboral «por año» trabajado. Bien es verdad que al margen de esta circunstancia objetiva, el Tribunal parece tener en cuenta lo que considera desidia del trabajador, pues aunque cesó en la actividad laboral el día 8 de febrero de 2008, no es hasta el día 20 de noviembre de ese mismo año cuando el cese de la actividad laboral se produce el día 8 de noviembre del mismo año.

Sin embargo, respecto a la segunda de las Sentencias comentadas sí conviene hacer una reflexión más pausada. Según el informe de la vida laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social, durante el tiempo comprendido entre el 3 de octubre de 2006 y el 2 de octubre de 2008 —primer y segundo año de vigencia de la autorización para trabajar cuya renovación se pretende— acredita haber cotizado 137 días. Ya se sabe que la cotización mínima, según las circunstancias concurrentes, es como mínimo de 90 días por cada año de vigencia de la autorización administrativa, y aquí, en el primer año sólo se cotizan 46 días, y el resto durante el segundo año. Pero no es menos cierto que en ese primer año, la trabajadora extranjera estuvo embarazada y aunque no consta, como así lo advierte el Tribunal, que estuviese impedida para realizar actividad laboral, y de baja por este concepto, a nadie se le escapa que en dicha circunstancia es ciertamente difícil conseguir un puesto de trabajo.

Todos los esfuerzos llevados a cabo por los poderes públicos para arbitrar medidas que tra-

ten de paliar las discriminaciones que por razón de género y, en concreto, por la maternidad de la trabajadora, se han adoptado durante los últimos años, parecen que en este caso pasan desapercibidos. Ahora no es el momento de detallar cómo las mujeres en edad fértil se encuentran en una posición de discriminación en orden al acceso al mercado de trabajo. Y que el hecho de ser extranjeras las coloca en una doble (por su condición de mujer y extranjera) o triple discriminación (en su condición de mujer, madre e inmigrante). Se confía en que el nuevo RLOEX (RD 557/2011), al tener en cuenta no sólo exigencias de índole laboral, sino también social en relación a la renovación de la correspondiente autorización administrativa de residencia y trabajo, tenga en consideración este tipo de circunstancias, en aplicación de criterios flexibilizados tales como valorar el esfuerzo de integración del extranjero, acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia, según dispone el artículo 73.6 RLOEX, cuestión que ha de ponerse en relación con lo previsto en el artículo 2 ter LOEX.

DERECHO PENAL

Delito relativo a la prostitución: Análisis del tipo. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Derecho a un juez imparcial: Doctrina del TC. Inexistencia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Delito provocado: Doctrina del TS. Principio de legalidad: La individualidad de la pena no se aparta del marco legal.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 1 de diciembre de 2010

Recurso de Casación: 1241/2010

Ponente: Don Juan Saavedra Ruiz

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: prostitución

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Albacete, instruyó Sumario 1/05 contra Ceferino, Eduardo y Jacinta, por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (en su modalidad de inmigración ilegal) y prostitución y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, que con fecha siete de abril de dos mil diez, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos

Probados: «Se declara probado que Ceferino, mayor de edad y sin antecedentes penales, arrendó (en fecha no determinada de modo cierto) la vivienda unifamiliar sita en la Calle n.º (...) de Albacete, destinando la misma a servir de mancebía, la cual aparecía anunciada en las páginas de contactos de varios periódicos de la prensa local (La Verdad y La Tribuna de Albacete) bajo la denominación “(...)”, donde de facto se ejercía la

prostitución por mujeres de origen extranjero, en su mayoría de nacionalidad paraguaya. Para el desarrollo de esa actividad, desde una fecha cuya concreción no ha podido ser determinada, con anterioridad cierta al mes de octubre de 2004, Ceferino contó con la colaboración de Eduardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad colombiana, quien asumió el papel de encargada del burdel o alcahueta, desempeñando, entre otras funciones, no sólo la limpieza de la planta inferior donde se situaban las dependencias comunes, sino también la de concertar las citas con los clientes, recibir y avisar a las chicas cuando éstos acudían a la casa, servir y cobrar las copas que consumían así como los servicios sexuales que prestaban, llevando el control de las liquidaciones de las comisiones que deducía a cada chica consistentes en el 50% del valor de cualquier consumición y el 40% de cada pase o servicio sexual que realizaban en las habitaciones situadas en la planta superior. Con este propósito Ceferino, por medio de una persona no identificada residente en Paraguay, la cual intervino como mediadora, logró que las ciudadanas de este país Tatiana y María Virtudes aceptaran viajar a España para trabajar en su casa de citas, ignorando ambas en ese momento que una “casa de citas” era sinónimo de una vivienda donde se ejercía la prostitución y que aquél era el cometido que pretendía que desempeñaran, ofreciéndoles unos ingresos mensuales que oscilarían entre los 1.200 y los 1.500 euros. Para el viaje se facilitó a ambas mujeres un pasaje de ida y vuelta a España desde Asunción, así como 500 dólares americanos para lograr de este modo que pudieran superar el control de fronteras aparentando ser turistas, si bien la organización del viaje (auspiciada y financiada por Ceferino) bajo esa apariencia externa perseguía en realidad un propósito de permanencia para trabajar en España en la citada casa como prostitutas. De este modo, los días 19 y 25 de octubre de 2004, respectivamente, arribaron al aeropuerto de Madrid-Barajas desde Paraguay María Virtudes y Tatiana, siendo recogidas en ambos casos por Ceferino, quien las trasladó en su vehículo, marca BMW, matrícula ... DPI, de color azul, hasta la casa sita en la Calle n.º (...) de Albacete, solicitando a ambas la entrega de los 500 dólares americanos que habían sido puestos

a su disposición para lograr su paso por el control de fronteras. En la casa fueron recibidas por Eduardo, indicándoles Ceferino que ella era la encargada de la casa, a la que llamaban “Gansa”. En ambos casos Ceferino, poco después de su llegada a la casa, les explicó tanto a María Virtudes como a Tatiana que le tenían que devolver 2.500 euros por los gastos sufragados por aquél para costear su viaje a España, incluido su traslado a la ciudad de Albacete, y que pagarían esa deuda con los emolumentos que obtuvieran trabajando en la casa ejerciendo la prostitución, siendo Ceferino, en el caso de María Virtudes, quien le explicó en qué iba a consistir su trabajo, y Eduardo en el de Tatiana, a la que le informó sobre cuál era la actividad que realizaría a saber: ejercer la prostitución con los clientes que acudían a la casa y las condiciones económicas y laborales en las que debía desarrollarse en los términos previamente relatados. No obstante lo anterior, ni Tatiana ni María Virtudes llegaron a prestar ningún tipo de servicio sexual desde su llegada a la casa, fingiendo María Virtudes que se encontraba en período de menstruación, pretexto que también esgrimió Tatiana con dicho propósito, logrando ambas abandonar la casa en la madrugada del día 27 de octubre de 2004. Antes del período de tiempo comprendido entre la llegada y salida de la casa sita en la Calle n.º (...) de Albacete de María Virtudes y Tatiana, aquélla fue abandonado por Jacinta, ciudadana de nacionalidad colombiana también acusada en esta causa, que previamente residió temporalmente en la misma».

(...)

En cuanto a la infracción de ley, partiendo de la intangibilidad del hecho probado, debemos señalar que la Jurisprudencia de esta Sala (ver STS 913/2009) ha considerado que la conducta típica de este delito está descrita de forma abierta, lo que aparece potenciado con las expresiones favorecimiento, facilitación y promoción y con las modalidades de forma directa o indirecta, de manera que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo de la inmigración o de la emigración y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad está incluida en la tipicidad (en el mismo sentido la STS 1059/2005). Las expresiones directa o indirecta hacen referencia a una mayor o menor cer-

canía con el sujeto migratorio, no requiriendo un contacto personal con el sujeto que emigra de forma clandestina. El tráfico ha de ser ilegal o, lo que es lo mismo, al margen de las normas legalmente establecidas para el circulación de trabajadores, lo que incluye tanto los pasos clandestinos como los realizados de forma aparentemente lícita, debiendo considerarse dentro de esa ilegalidad los pasos fronterizos inicialmente legales, como es el supuesto de paso fronterizo

para realizar turismo, pues el inmigrante tiene intención de residir con permanencia en España y aparenta una entrada para turismo.

La organización del viaje de turismo respecto a personas que tienen voluntad de permanencia para trabajar se incardina en la tipicidad del delito del artículo 318 bis. Éste es el caso descrito en el hecho probado de la sentencia y la Audiencia lo ha subsumido correctamente en el tipo penal aplicado.

Favorecimiento de la inmigración clandestina: se condena a los acusados en instancia por la conducta descrita. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: elementos del tipo: Se requiere en primer lugar que el extranjero carezca de autorización para entrar o residir en España («entrada clandestina e ilegal en España»); el tipo objetivo debe abarcar el conocimiento de que la conducta se dirige a las finalidades de promoción, favorecimiento o facilitación de entrada en España de forma fraudulenta o ilegal. Agresión sexual: compatibilidad de la conducta del acusado con este tipo delictivo.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **25 de febrero de 2011**

Recurso de Apelación: **153/2011**

Ponente: **Don Carlos Granados Pérez**

Voz: **Inmigración clandestina: agresión sexual**

En el citado local de alterne las testigos protegidas han venido ejerciendo la prostitución de forma libre y voluntaria, desde su llegada a España, hasta el mes de noviembre de 2007. En concreto, a su llegada al Club, las dos mujeres fueron informadas por José Antonio de las normas de funcionamiento de la casa, por la que debían abonar la suma de 55 euros diarios, que posteriormente se incrementaron a 60 euros diarios, en concepto de «plaza», esto es, por el alojamiento y manutención dentro del Club (...). El importe pagado por cada cliente por el servicio sexual prestado por cada una de las chicas era una ganancia íntegra de éstas. (...). Ambas mujeres abandonaron el establecimiento a finales de abril de 2007, sin haber pagado toda la deuda, y regresaron al mismo en junio de 2007, permaneciendo en el establecimiento hasta el 20 de noviembre de 2007, tras haber denunciado estos hechos ante la Policía Nacional en el mes de septiembre, marchándose del local dos días antes de que se practicara en el mismo la entrada

y registro acordada en virtud de resolución judicial dictada por el Juzgado del Instrucción n.º 3 de Tolosa en fecha 22 de noviembre de 2007.

(...)

La conducta que se deja descrita se subsume, sin duda, en un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto en el artículo 318 bis.1 en el que se castiga al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España o con destino a otro país de la Unión Europea ya que la recurrente promovió, favoreció y facilitó, con entrega de billetes y dinero, la inmigración clandestina de esas mujeres brasileñas.

El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el artículo 318 bis del Código Penal requiere en primer lugar que el extranjero carezca de autorización para entrar o residir en España, pues sólo en este caso puede hablarse de tráfico ilegal y que la inmigración sea clandestina, es decir realizada al margen de

los controles administrativos o mediante fraude a las autoridades competentes, que actúan con un conocimiento erróneo causado por engaño; y es oportuno traer a colación, por su carácter clarificador del concepto de «entrada clandestina e ilegal en España», el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2005, en el que se resolvió que: «El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina». Acuerdo que es seguido por la jurisprudencia de esta Sala, como son exponentes las Sentencias 308/2010, de 18 de marzo y 284/2006, de 6 de marzo, en las que se declara que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

La apreciación del supuesto atenuado previsto en el apartado sexto de dicho precepto precisa una menor gravedad del hecho que se justifique por unas especiales circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida y esas razones que pueden sustentar una menor culpa-

bilidad no se aprecian en el caso enjuiciado, ya que el recurrente tenía pleno conocimiento de que estaba facilitando la inmigración ilegal de esa ciudadana dominicana, conocimiento que venía evidenciado por estar trabajando en el Club en el que iba a ejercer la prostitución.

El motivo debe ser desestimado.

(...)

Se declara probado que el ahora recurrente accedió a las habitaciones que en el Club compartían las testigos protegidas (...) y dirigiéndose al baño donde estaba lavando la ropa la testigo NÚM000 le requirió que cesara en esa actividad y que se fuera con él a mantener relaciones sexuales y, como dicha testigo no aceptara la propuesta, le tocó el pecho, le tiró del cabello y le pellizcó en el estómago y al gritar la víctima pidiendo ayuda, acudió en su auxilio la compañera de habitación, la NÚM001, optando el acusado por marcharse ante el ruido que estaban haciendo las dos mujeres y la fuerte oposición que mostró la NÚM000 a cumplir sus propósitos. El Tribunal de instancia ha podido valorar las declaraciones depuestas en el acto del plenario por ambas testigos que ratificaron la conducta de agresión sexual que había sufrido una de ellas, alcanzando el Tribunal una convicción que no puede considerarse de ningún modo arbitraria de que había quedado acreditado que este acusado había introducido a su víctima en un contexto sexual no consentido por ella, tocándole el pecho y empleando violencia para doblegar su voluntad. El motivo debe ser desestimado.

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Homologación. Título obtenido en la Universidad de Reino Unido, se solicita sea homologado al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas. Lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior es la formación que comportan, y ésta depende de sus contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. Autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria. Estimación del recurso basándose en la aplicabilidad de las normas sobre autorización de Universidades y Centros Universitarios a los procedimientos de homologación de títulos o de habilitación para el ejercicio profesional.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **17 de enero de 2011**

Recurso de Casación: 3295/2009

Ponente: Doña Celsa Pico Lorenzo

Voz: Título obtenido en la Universidad de Reino Unido: homologación al español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas

De lo que se debe tratar, punto este en el que todos parecen coincidir, es de determinar si, efectivamente, hay equivalencia entre la formación gracias a la que D. Segismundo obtuvo el título que quiere homologar y la exigida en España para la expedición del título de Ingeniero, Superior o Técnico, Aeronáutico. Porque no parece preciso observar que seguir el camino de la aplicación del Real Decreto 86/1987 no significa conceder necesariamente la homologación solicitada. Supone, ante todo, comprobar si existe o no esa equivalencia. Y, si no se da, no procederá la homologación y no se producirá ninguna elusión ni fraude. Mientras que, si existe esa equivalencia, tampoco podrá considerarse que ha habido fraude porque, siendo equivalente a la exigida en España la formación en que se sustenta tal título, procederá su homologación.

Lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior de cuya oficialidad no se duda, como aquí sucede, es la formación que comportan. Y esa formación depende de sus contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. No cabe, pues, intercalar en el régimen dispuesto para la homologación de títulos extranjeros previsiones sobre los requisitos necesarios para reconocer en España Universidades o Centros Universitarios.

(...)

Por lo demás, la Sentencia de esta Sala de 12 de abril de 2005 (casación 6026/2002) ofrece consideraciones de interés para el caso que nos ocupa. Ciertamente, se pronuncia sobre un supuesto que no coincide con el que aquí está planteado. No obstante, sí guarda con él claros elementos de afinidad. Se trataba allí de la denegación de la habilitación para el ejercicio en España de las profesiones de Ingeniero Industrial e Ingeniero Técnico Industrial solicitada por quien poseía el título de Bachelor of Science in Technology Management with Second Class Honours, expedido por el University of Wales Institut de Cardiff (Reino Unido). Tal denegación se debió a que el solicitante se había forma-

do en el Centro de Estudios Superiores San Valero, de Zaragoza, que no contaba entonces con la autorización administrativa española. Tras diferenciar entre homologación de títulos y habilitación para el ejercicio profesional en virtud de un título expedido por un Estado miembro de la Unión Europea, la Sentencia, respecto de la exigencia de la autorización del centro situado en España en el que se cursaron los estudios en cuestión, dice: «En el presente caso es obvio que el interesado ha solicitado no la homologación de su título sino el reconocimiento a efectos del ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial e Ingeniero Técnico Industrial, tal cual indicó inicialmente y en el suplico de la demanda. A estos efectos, lo importante es el título expedido al margen del lugar en que los estudios fueron realizados, pues nada impide a un Estado miembro de la Unión Europea reconocer estudios realizados en Centros de otro Estado miembro y con base en los mismos otorgar el correspondiente título. El control de calidad de los estudios y demás medidas de garantía deben reconocérsele al Estado que expide el título, que hay que presumir por su propio interés que velará por la regularidad y cualificación de los mismos. No otra cosa puede extraerse del artículo 2.º del Real Decreto 1665/1991 que como requisito para ejercer en España una profesión regulada por nacional de un Estado miembro de la Unión Europea únicamente exige estar en posesión de un título obtenido en un Estado de la Unión Europea, y ello con independencia del lugar en que los estudios se cursaron, pues el artículo 1.º define como título, “cualquier título expedido por una Autoridad competente en un Estado miembro, que acredite que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años en una Universidad, en un Centro de Enseñanza Superior o en otro Centro del mismo nivel de formación y que posee las cualificaciones profesionales requeridas para acceder a una profesión regulada en dicho Estado miembro, siempre que la formación haya

sido adquirida principalmente en la Comunidad o el titular tenga una experiencia profesional de tres años acreditada por el Estado miembro que haya reconocido el título”; es decir, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: título, superación de estudios postsecundarios de duración mínima de tres años y que la formación haya sido adquirida en la Comunidad. Dichos requisitos concurren en el interesado, por lo que debe estimarse su recurso de casación, sin que pueda observarse la existencia de un fraude de ley, en atención a lo que a continuación se dirá. En definitiva, el criterio que lleva a esta Sentencia a estimar el recurso de casación es, sustancialmente, el que hemos observado a propósito de la homologación del título D. Segismundo,

ya que el problema que resuelve es, en el fondo, el mismo: la aplicabilidad de las normas sobre autorización de Universidades y Centros Universitarios a los procedimientos de homologación de títulos o de habilitación para el ejercicio profesional. Aplicabilidad que se estima improcedente, según la normativa anterior a la Ley Orgánica 6/2001, en la Sentencia citada y en la que estamos dictando».

De acuerdo pues con el criterio jurisprudencial mencionado, plenamente aplicable al caso que se enjuicia, en el que el título que se pretende homologar se otorgó el 8 de noviembre de 1999, debe acogerse los motivos de casación aducidos por el recurrente, debiéndose con ello estimarse el recurso formulado.

Homologación del título académico expedido por Universidad de Reino Unido, a título español de Licenciado en Ciencias Ambientales. Estudios cursados en una institución ubicada en territorio español no autorizada por nuestra Administración educativa. Se consigue la autorización más tarde, tan sólo cursó un año de sus estudios sin que el centro tuviese autorización. Lo trascendente a los efectos de homologación de títulos académicos expedidos por Universidades extranjeras es la normativa existente en el momento en el que se cursaron los estudios y no en el momento en el que se solicitó la homologación pretendida. Ha lugar al recurso.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 19 de enero de 2011

Recurso de Casación: 1823/2009

Ponente: Don Santiago Martínez-Vares García

Voz: Homologación de título: Ciencias Ambientales. Reino Unido

La Sentencia recurrida en el segundo párrafo del fundamento de Derecho primero refiere los argumentos de la demanda y así expresa que: «El recurrente en defensa de su pretensión alega que la Administración no puede oponerse a la homologación de títulos académicos de enseñanza superior otorgados por centros radicados en países de la Unión Europea cuando parte de los estudios conducentes a su obtención se hubieran cursado en una institución ubicada en territorio español no autorizada por nuestra Administración educativa, de conformidad con el artículo 86.3 de la Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en el caso que nos ocupa la recurrente empezó sus estudios en el curso 1998/1999 en la Escuela Superior de Negocios

(en adelante ESNE) radicado en Derio-Bilbao sin que en ese año dicho centro se encontrase autorizado por la Comunidad Autónoma de Euskadi, consiguiéndose la autorización a partir de septiembre de 1999, por lo que tan sólo cursó un año de sus estudios sin que el centro tuviese autorización administrativa. Considera que la resolución administrativa, al no incorporar los hechos que sirven de soporte a la presente controversia, incurre en falta de motivación. Alega también que condicionar la homologación de títulos académicos de enseñanza superior otorgados por centros radicados en países de la Unión Europea y cursados en instituciones ubicadas en territorio español a la autorización previa de los centros por la Administración educativa

española, contraviene el Derecho Comunitario. La referida exigencia vulnera las libertades de establecimiento, prestación de servicios y circulación recogidas en los Tratados Fundacionales; es contraria a la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, que regula el reconocimiento mutuo por los Estados Miembros de los títulos de enseñanza superior que sancionen estudios de una duración mínima de tres años o cursos académicos; y es contraria a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el particular».

(...)

Para resolver el recurso es preciso también partir de los hechos no discutidos por las partes. Son los siguientes: Se trata de la homologación por el Ministerio de Educación del título académico de «Bachelor of Science in Environmental» otorgado por la Universidad de Wolverhampton (Reino Unido) al título español de «Licenciado en Ciencias Ambientales». Para la obtención del mismo la recurrente había iniciado sus estudios en el curso 1998/1999 en el Centro Escuela Superior de Negocios de Derio-Bilbao que en ese año no contaba con la autorización que precisaba obtener de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Esa autorización se le otorgó en septiembre de 1999. La solicitud de homologación se efectuó el 28 de noviembre de 2006.

La Sala de instancia confirmó la resolución recurrida puesto que vigente la Ley Orgánica de Universidades, Ley Orgánica 6/2001, y su norma de desarrollo el Real Decreto 285/2004, no era posible homologar títulos académicos obtenidos en Centros que no estaban autorizados para impartir los estudios precisos para su consecución.

(...)

Y a la vista de lo hasta aquí expuesto procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido contra la Resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de catorce de marzo de dos mil siete que denegó la homologación del título de «Bachelor of Science in Environmental» otorgado por la Universidad de Wolverhampton (Reino Unido) al título español de «Licenciado en Ciencias Ambientales» ordenando retrotraer las actuaciones al momento de la solicitud inicial de la homologación, para que se tramite por el Ministerio de Educación y Ciencia el correspondiente expediente en el que se emita el oportuno dictamen por el comité técnico competente acerca del juicio de equivalencia de la formación cursada por la interesada en el Centro Escuela Superior de Negocios de Derio-Bilbao, en relación con la exigida en España para la obtención del Grado académico de Licenciado, y tras los trámites pertinentes se dicte la resolución que proceda.

Solicitud de homologación del título de «Bachelor of Science in Technology Management», obtenido en la Universidad de Gales (Reino Unido), al grado académico de Licenciado. Normativa aplicable a la solicitud. Interpretación correcta del Real Decreto 86/1987. Necesidad de comprobar la equivalencia de la formación recibida. Estimación del recurso. Retroacción de actuaciones. Estimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **22 de marzo de 2011**

Recurso de Casación: **4181/2009**

Ponente: **Don Antonio Martí García**

Voz: **Homologación de título: «Bachelor of Science in Technology Management», obtenido en la Universidad de Gales (Reino Unido)**

El Centro de Estudios Superiores de la Fundación San Valero de Zaragoza, donde el interesado cursó sus estudios, fue autorizado para

impartir enseñanzas de nivel universitario por Decreto del Gobierno de Aragón 157/1998, de 28 de julio (BOA de 9 de septiembre) y la au-

torización para su funcionamiento por la Orden de la Consejería de Educación y Cultura de 19 de febrero de 1999 (publicada en el BOA de 3 de marzo de 1999). Los estudios cuya homologación se pretenden comprendían cuatro años y fueron cursados 94/95, 95/96, 96/97 y 97/98.

La normativa aplicable al caso es la que está en vigor en el momento de solicitar la homologación, por lo que no hay retroactividad *in peius*. Además las irregularidades y dilaciones que, en su caso, hubieran podido producirse en la tramitación del expediente administrativo previo a la autorización del Centro de Estudios Superiores de la Fundación San Valero para impartir enseñanzas universitarias extranjeras, no puede llevar consigo, obviamente, la homologación de aquellas titulaciones y estudios cursados antes de la concesión de la referida autorización.

(...)

De lo que se debe tratar, punto este en el que todos parecen coincidir, es de determinar si, efectivamente, hay equivalencia entre la formación gracias a la que D. Clemente obtuvo el título que quiere homologar y la exigida en España para la expedición del título de Ingeniero, Superior o Técnico, Aeronáutico. Porque no parece preciso observar que seguir el camino de la aplicación del Real Decreto 86/1987 no significa conceder necesariamente la homologación solicitada. Supone, ante todo, comprobar si existe o no esa equivalencia. Y, si no se da, no procederá la homologación y no se producirá ninguna elusión ni fraude. Mientras que, si existe esa equivalencia, tampoco podrá considerarse que ha habido fraude porque, siendo equivalente a la exigida en España la formación en que se sustenta tal título, procederá su homologación. Lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior de cuya oficialidad no se duda, como aquí sucede, es la formación que comportan. Y esa formación depende de sus contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. No cabe, pues, intercalar en el régimen dispuesto para la homologación de títulos extranjeros previsiones sobre los requisitos necesarios para reconocer en España Universidades o Centros Universitarios. En definitiva, se ha producido una indebida aplicación del Real Decreto 557/1991, mientras que

se inaplicaba, también indebidamente el Real Decreto 86/1987.

(...)

«En el presente caso es obvio que el interesado ha solicitado no la homologación de su título sino el reconocimiento a efectos del ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial e Ingeniero Técnico Industrial, tal cual indicó inicialmente y en el suplico de la demanda. A estos efectos, lo importante es el título expedido al margen del lugar en que los estudios fueron realizados, pues nada impide a un Estado miembro de la Unión Europea reconocer estudios realizados en Centros de otro Estado miembro y con base en los mismos otorgar el correspondiente título. El control de calidad de los estudios y demás medidas de garantía deben reconocerse al Estado que expide el título, que hay que presumir por su propio interés que velará por la regularidad y cualificación de los mismos. No otra cosa puede extraerse del artículo 2.º del Real Decreto 1665/1991 que como requisito para ejercer en España una profesión regulada por nacional de un Estado miembro de la Unión Europea únicamente exige estar en posesión de un título obtenido en un Estado de la Unión Europea, y ello con independencia del lugar en que los estudios se cursaron, pues el artículo 1.º define como título, “cualquier título expedido por una Autoridad competente en un Estado miembro, que acredite que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años en una Universidad, en un Centro de Enseñanza Superior o en otro Centro del mismo nivel de formación y que posee las cualificaciones profesionales requeridas para acceder a una profesión regulada en dicho Estado miembro, siempre que la formación haya sido adquirida principalmente en la Comunidad o el titular tenga una experiencia profesional de tres años acreditada por el Estado miembro que haya reconocido el título”; es decir, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: título, superación de estudios postsecundarios de duración mínima de tres años y que la formación haya sido adquirida en la Comunidad. Dichos requisitos concurren en el interesado, por lo que debe estimarse su recurso de casación, sin que pueda observarse la existencia de un fraude de ley, en atención a lo que a continuación se dirá».

En definitiva, el criterio que lleva a esta Sentencia a estimar el recurso de casación es, sustancialmente, el que hemos observado a propósito de la homologación del título D. Clemente, ya que el problema que resuelve es, en el fondo, el mismo: la aplicabilidad de las normas sobre autorización

de Universidades y Centros Universitarios a los procedimientos de homologación de títulos o de habilitación para el ejercicio profesional. Aplicabilidad que se estima improcedente, según la normativa anterior a la Ley Orgánica 6/2001, en la Sentencia citada y en la que estamos dictando.

NACIONALIDAD

Denegación de solicitud de nacionalidad española: no se justifica suficientemente buena conducta cívica por haber sido condenado por delito contra la seguridad del tráfico. Recurso contencioso-administrativo: estimación y concesión de la nacionalidad por acreditar suficientes elementos positivos de integración personal, laboral y social y de que su comportamiento desde entonces puede ser valorado como buena conducta cívica. Recurso de casación presentado por la Administración: desestimación.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **4 de abril de 2011**

Recurso de Casación: **5868/2007**

Ponente: **Don Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Concesión de la nacionalidad: delito contra la seguridad del tráfico. Integración en sociedad española**

«La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que nos ocupa nos lleva a la estimación del presente recurso, puesto que si bien es cierto que fue condenado penalmente por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, los hechos ocurrieron 6 años antes de solicitar la nacionalidad y aparecen contrarrestados con suficientes elementos positivos que acreditan su perfecta integración y una conducta muy positiva en su entorno social y laboral que permiten concluir que se trató de un hecho aislado, alejado en el tiempo, que no puede impedir de forma permanente la posibilidad de obtener la nacionalidad española.

En efecto, el recurrente ha venido disfrutando de sucesivos permisos de residencia desde 1997 hasta que en el año 2003 le ha sido concedida la residencia permanente; en febrero de 2002 contrajo matrimonio con una española con la que mantiene una relación familiar estable y ha comprado una vivienda en España; desde un punto de vista laboral tiene una relación laboral

estable por la que percibe un sueldo mensual y consta que ha cotizado a la Seguridad Social durante 8 años y siete meses desde el tiempo de residencia en España; y se encuentra integrado en su localidad de residencia en Navarra según consta por el certificado del Servicio Social de dicha localidad, datos todos ellos indicativos de un comportamiento socialmente aceptable.

Frente a ello es cierto que seis años antes de solicitar la nacionalidad española fue condenado por un delito contra la seguridad del tráfico pero no sólo están cancelados los antecedentes penales sino que además de los informes policiales obrantes en las actuaciones se desprende que el recurrente mantiene una buena conducta cívica y que se trató de un único hecho, lo que unido al hecho de que han quedado acreditado suficientes elementos positivos de su integración personal, laboral y social en la vida española y de que su comportamiento desde entonces se acomoda a lo que en la consideración de un ciudadano medio puede ser valorado como buena conducta

cívica, debe considerarse que dicha condena penal constituyó un hecho aislado en su vida, que ha quedado desvirtuado por los restantes indicadores de una buena conducta cívica».

(...)

Carece asimismo de justificación imputar a la sentencia que «parece entender que la buena conducta cívica queda acreditada con la ausencia de antecedentes penales y policiales». La Sala de instancia no entiende tal cosa en ningún momento. Al contrario, por encima de la mera carencia o cancelación de los antecedentes penales, valora expresamente la residencia legal y continuada del solicitante desde 1997, su matrimonio con una española, la adquisición de una vivienda en España, su estabilidad laboral acreditada con más de 8 años de cotización a la Seguridad Social y el certificado positivo del grado de integración emitido por el Servicio Social de la localidad de su domicilio; y también aprecia favorablemente, dentro del conjunto de hechos la cancelación de los antecedentes penales, aunque no deja a un lado la existencia de la conducta reputada como incívica que los originó. Lo que hace la Sentencia de instancia es, pues, apreciar conjuntamente el conjunto de elementos, tanto positivos como negativos, indicadores de la conducta y del comportamiento en sociedad del solicitante, justificando la conclusión a la que llega.

Según jurisprudencia constante (recogida, por ejemplo, en STS de 12 de febrero de 2010), el hecho de haber sido penalmente condenado no es, por sí solo, suficiente para tener por no acreditada la buena conducta cívica, de la misma

manera que el hecho de carecer de antecedentes penales tampoco basta para tener dicho requisito por probado. Las actuaciones penales, con o sin condena, que hayan podido seguirse contra quien solicita la nacionalidad española por residencia son datos a tener en cuenta, junto con otros que puedan resultar relevantes, para valorar la actitud del solicitante desde el punto de vista del civismo. Por eso, la existencia o inexistencia de antecedentes penales no es decisiva: es posible que, aun habiendo sido ya cancelados los antecedentes penales, un hecho ilícito sea tan elocuente acerca de la falta de civismo del solicitante que pueda ser utilizado para tener por no satisfecho el requisito del artículo 22.4 CC; y, viceversa, cabe que determinados antecedentes penales todavía no cancelados resulten, habida cuenta de su significado, insuficientes para formular un juicio negativo sobre el civismo del solicitante.

Pues bien, como ya hemos apuntado, aun cuando la condena penal impuesta en su día al interesado constituía un inicial obstáculo para la apreciación de esa buena conducta cívica, ese obstáculo puede entenderse superado por datos positivos suficientemente acreditados, como el carácter puntual y aislado del delito cometido, la no reiteración de conductas infractoras, la lejanía de aquellos hechos y la cancelación de los antecedentes penales correspondientes, así como su prolongada, plena y pacífica integración familiar y social en España. Así lo entendió la Sala de instancia, y no hay en esta conclusión infracción alguna del precepto cuya vulneración denuncia el Abogado del Estado.

Denegación de solicitud de nacionalidad española: no se justifica suficientemente buena conducta cívica porque el solicitante ha estado incurso en una causa penal por tráfico ilegal o inmigración clandestina. Recurso contencioso-administrativo: estimación y concesión de la nacionalidad por acreditar suficientes elementos positivos para que su comportamiento pueda ser valorado como buena conducta cívica. Recurso de casación presentado por la Administración: desestimación.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 4 de abril de 2011

Recurso de Casación: 4395/2007

Ponente: Don Octavio Juan Herrero Pina

Voz: Buena conducta cívica: concesión de la nacionalidad. Inmigración clandestina

En el caso que ahora nos ocupa, la parte recurrente —natural de Pakistán y casado con una ciudadana pakistaní, con la que tiene dos hijos nacidos en España— solicitó la nacionalidad española en 6 de noviembre de 2003. Residió en España con los correspondientes permisos de trabajo y residencia desde 1991. Según un informe de vida laboral tenía acreditados a fecha de 23 de septiembre de 2002 un total de 2.876 días de alta en el sistema de la Seguridad Social. Es titular de dos negocios dedicados respectivamente al comercio de semillas, flores y otros productos y al ramo de la restauración, ha aportado las declaraciones del IRPF correspondientes a sucesivos años y la declaración de alta en el IAE en razón a los dos indicados negocios, siendo de añadir que por escritura de compraventa de 26 de marzo de 2002 adquirió un piso en Valencia. En el acta de la comparecencia ante la Magistrada Encargada del Registro Civil Único de Valencia a los fines previstos en el artículo 221 del RRC se deja constancia de que «el promotor aquí comparecido se halla adaptado a la cultura y estilo de vida de los españoles y habla correctamente la lengua castellana». Amén de lo anterior, el demandante fue detenido en Teruel el 25 de septiembre de 2000 por tráfico ilegal o inmigración clandestina, que dio lugar a la incoación de la pertinente causa penal y a la correspondiente resolución de 31 de octubre de 2000 acordando su expulsión del territorio nacional por un período de tres años. Ocurre, sin embargo, que por auto de 8 de noviembre de 2000 se acordó —al amparo del artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— el sobreseimiento provisional y archivo de la referida causa penal, mientras que por Sentencia n.º 34/2003, de 28 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Teruel se anuló la susodicha resolución de expulsión, razonándose en la meritada sentencia que «no existe en el expediente administrativo ninguna prueba concluyente ni de los hechos imputados ni de la implicación del recurrente en los mismos».

La resolución combatida que denegó la nacionalidad estimó que no concurría el requisito de la buena conducta cívica como consecuencia de la detención en 25 de septiembre de 2000 por tráfico ilegal o inmigración clandestina, sin que el sobreseimiento provisional justificara la buena conducta cívica exigida por el Código Civil.

La demanda rectora del proceso hace hincapié en el conjunto de circunstancias personales, familiares y económicas que hemos visto más arriba, acompaña una comunicación de la Dirección General de la Policía de 29 de septiembre de 2005 accediendo a la petición del interesado de cancelación de los antecedentes de carácter policial, y termina suplicando la concesión de la nacionalidad española al entender que en el caso concurren todos los requisitos necesarios para ello. 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 al 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 del caso puede afirmarse que de lo actuado en la línea de conducta del demandante responde —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 8 de noviembre de 2000 se dictó auto acordando el sobreseimiento provisional y archivo de la causa penal de conformidad con el artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa»), del tal manera que aquella detención por tráfico ilegal o inmigración clandestina y la subsiguiente apertura del correspondiente procedimiento penal no pueden considerarse como tachas que empañen la imagen del comportamiento cívico del demandante a los efectos de negar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, de donde que claudique el

fundamento de la resolución recurrida de 8 de junio de 2005, que ha de ser anulada al no aparecer conforme a Derecho el motivo en que se basó para denegar la solicitud de nacionalidad origen de la litis, determinando todo ello la estimación del actual recurso.

(...)

Pues bien, como ya hemos apuntado, aun cuando las actuaciones penales seguidas en su día contra el interesado constituían un inicial obstáculo para la apreciación de esa buena conducta cívica, ese obstáculo puede entenderse superado por el hecho de que las actuaciones fueron sobreesidas, y también por los datos

positivos a que acabamos de referirnos. Desvirtuado así el fundamento único de la resolución administrativa recurrida, y no habiéndose esgrimido cualesquiera otras razones para justificar la denegación de la nacionalidad (mientras que, por contra, constan distintos datos positivos, de los que se hace eco la sentencia, en pro de su concesión) sólo cabe concluir que las razones en que se basó la estimación del recurso contencioso-administrativo fueron lógicas, razonables y ajustadas a Derecho, y por ende no se infringió en modo alguno el artículo 22.4 CC, cuya vulneración se denuncia ahora en casación.

Solicitud de nacionalidad española: denegación porque el solicitante no justifica su integración en la sociedad española por no conocer suficientemente el idioma español. Recurso contencioso-administrativo: estimación y concesión de nacionalidad española por contestar en el reconocimiento judicial de forma clara y coherente a las preguntas, demostrando que dominaba perfectamente el español. Recurso de casación interpuesto por la Administración: desestimación.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 4 de abril de 2011

Recurso de Casación: 355/2008

Ponente: Don Octavio Juan Herrero Pina

Voz: Conocimiento del idioma español: concesión de la nacionalidad

En efecto, en el expediente de nacionalidad tramitado en el registro Civil de Ceuta obra una comparecencia celebrada ante el Juez Encargado, fechada el día 5 de octubre de 2001, donde la recurrente contestó correctamente a prácticamente todas las preguntas que se le formularon, concluyendo el Juez Encargado que la recurrente hablaba y comprendía «el castellano medianamente bien», aunque lo leía y escribía «con muchísima dificultad». Ello no obstante, el mismo Juez dirigió propuesta al Ministerio de Justicia de denegación de la nacionalidad española a la recurrente por auto de fecha 2 de julio de 2002, acogiendo el criterio expresado previamente por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 1 de julio de 2002.

Ahora bien, considerando esta Sala que de la comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil de Ceuta no podía concluirse que la recu-

rente tuviera un conocimiento de nuestro idioma insuficiente a los efectos de su integración en la sociedad española, acordó como diligencia final su reconocimiento judicial, reconocimiento donde la recurrente contestó de manera clara, concisa y coherente a todas las preguntas que se le formularon sobre su familia, su trabajo y la utilización de nuestro idioma, poniéndose de manifiesto que dominaba perfectamente el español. Las expresadas consideraciones nos llevan a la convicción de que la recurrente se encuentra suficientemente integrada en la sociedad española a los efectos de la obtención de nuestra nacionalidad.

(...)

Ahora bien, como también hemos dicho en nuestra reciente Sentencia de 18 de noviembre de 2010 (recurso 4729/2007), «el conocimiento del idioma español se exige en la medida que el mismo resulta necesario para entablar rela-

ciones sociales con terceros en grado suficiente para procurar una integración efectiva en la sociedad. Obviamente, mal podrá hablarse de integración efectiva en la sociedad si se desconoce por completo el idioma español, o si el conocimiento es tan rudimentario o limitado que impide sostener una conversación inteligible y funcional sobre las cuestiones que habitualmente acaecen en la vida diaria; pero sería un exceso apurar el razonamiento hasta sostener que sólo existe integración suficiente en la sociedad española cuando se posee un conocimiento acabado de nuestra lengua. Diferentemente, no puede negarse la existencia de esa tan citada integración cuando el solicitante de la nacionalidad no

llega a dominar con total fluidez el español pero aun así es capaz de entenderse en este idioma y entablar relaciones sociales adecuadas y eficaces con arreglo a los estándares de convivencia usuales. Resulta, pues, inevitable en tales casos una valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad que legitima la obtención de la nacionalidad».

Y tal es, el caso que nos ocupa, en que la demandante en la instancia demostró un conocimiento del idioma más que suficiente para obtener la nacionalidad.

Solicitud de nacionalidad española por ciudadano marroquí: denegación por no cumplir el requisito de buena conducta cívica. Recurso contencioso-administrativo: confirmación de la denegación por haber sido condenado como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Recurso de casación: desestimación confirmando la denegación de la sentencia de instancia, en la que se afirma que no concurren otros elementos positivos indicativos de la buena conducta del solicitante.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **4 de abril de 2011**

Recurso de Casación: **1324/2007**

Ponente: **Don Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Ausencia de buena conducta cívica: denegación de la nacionalidad. Antecedentes penales**

En efecto, del expediente administrativo se desprende que el recurrente fue condenado por Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Ceuta fechada el 14 de julio de 2003, como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis.1 y 3 del Código Penal y de una falta contra el orden público del artículo 634 del Código Penal, a las penas de un año y nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de nueve meses a razón de doce euros la cuota diaria, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas, por la comisión del delito, y a la pena de multa de diez días a razón de dos euros de cuota diaria, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de

privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas, por la comisión de la falta.

Según los hechos probados de la expresada sentencia, el recurrente, en compañía de otro, fue sorprendido por Agentes del Cuerpo Nacional de Policía sobre las 22 horas del día 14 de octubre de 2000, cuando pretendía embarcar en el transbordador con destino a Algeciras, llevando ocultos en el interior del maletero del vehículo en que viajaba dos súbditos marroquíes indocumentados a los que, de común y previo acuerdo, pretendía introducir ilegalmente en España, poniendo en serio peligro la vida de los inmigrantes a consecuencia de la forma de ocultación. Además, cuando el recurrente fue detenido por los referidos hechos, profirió expresiones contra los Agentes de la Policía Nacional tales como «hijos de puta», «cabrones», etc.

Frente a los referidos hechos negativos, considerablemente graves, reprobables y coetáneos a la tramitación del expediente de nacionalidad, hechos de los que puede razonablemente presumirse que el recurrente no ha llevado una vida ajustada al «estándar medio de conducta», no concurren otros elementos positivos indicativos de la buena conducta del recurrente, como podrían ser que hubiera participado en actividades o trabajos en beneficio de la comunidad o que se hubiera reconocido su buena conducta en certificados de autoridades o entidades, públicas o privadas. Es más, del informe del Centro Superior de Información de la Defensa (CSID) del Ministerio de Defensa unido al expediente ad-

ministrativo (...), se desprende que el recurrente «no realiza actividad laboral alguna», «reside junto con ocho personas más, miembros de su familia, en una vivienda cedida por el Ayuntamiento de Ceuta» y sus familiares desconocen su paradero y medios de vida, lo que hace suponer que se dedica a actividades «posiblemente ilícitas» que su propia familia desconoce.

En definitiva, consideramos que en el supuesto enjuiciado concurren elementos de los que puede deducirse que el recurrente no cumplía el requisito de la buena conducta cívica cuando se dictó la resolución recurrida, por lo que debemos reputar la indicada resolución ajustada a Derecho.

Denegación de solicitud de nacionalidad española: no se justifica suficientemente buena conducta cívica por haber sido juzgado por malos tratos. Recurso contencioso-administrativo: estimación y concesión de la nacionalidad por haber sido absuelto de todos los cargos. Desestimación del recurso de casación: se confirma la valoración de la instancia que señala que la sentencia de divorcio del solicitante le atribuye la custodia de la hija del matrimonio con la conformidad del cónyuge y el Fiscal.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 4 de abril de 2011

Recurso de Casación: 5186/2007

Ponente: Don Octavio Juan Herrero Pina

Voz: Concesión de la nacionalidad: antecedentes penales por malos tratos

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por D. Conrado, nacional de Perú, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 25 de abril de 2005, que contiene el siguiente fundamento: «Que el tiempo de residencia legal de dos años no se ha cumplido con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición (artículo 22.3 del Código Civil), ya que según consta en la documentación que obra en el expediente, su Tarjeta Familiar de Residente Comunitario carecía de validez desde que cesó la causa que motivó su concesión tras la Sentencia de separación de 16 de julio de 1999, sin que conste que solicitara la que procedía conforme a su nueva situación legal, (...)».

Que no ha justificado suficientemente buena conducta cívica, ya que según consta en el expe-

diente tiene antecedentes de fecha 23 de marzo de 1998 por lesiones, malos tratos físicos ámbito familiar. La cancelación/el sobreseimiento de los mismos/la prescripción del delito o falta no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante.

No conforme con ello, el solicitante interpuso recurso administrativo de reposición, que fue desestimado por resolución de 7 de noviembre de 2005, que, tras ratificar las razones dadas en la resolución impugnada acerca de su residencia legal en España, añadió, en cuanto al requisito de la «buena conducta cívica», lo siguiente: «Tampoco puede prosperar la pretensión del recurrente en relación con la justificación de su buena conducta cívica, pues si bien es cierto que la Sentencia de 17 de septiembre de 1998

le absolvió del delito de lesiones y malos tratos en el ámbito familiar, no es menos cierto que los hechos que motivaron la apertura de la causa tienen la entidad suficiente como para ser valorados en esta resolución, dado que inciden negativamente no sólo sobre su conducta cívica sino también sobre su nivel de integración en la vida social española, al quedar probado que durante su matrimonio mantuvo actitudes muy alejadas de lo que en esta sociedad se consideran formas cívicas de relación familiar». Interpuso entonces recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el que recayó Sentencia estimatoria con fecha 20 de septiembre de 2007.

(...)

Partiendo, pues, de la base de que la perspectiva de análisis del caso fue correcta, la conclusión alcanzada por la Sala también lo fue,

pues aun siendo cierto que el actor tenía un antecedente policial por malos tratos en el ámbito familiar, no es menos cierto que se trata de un suceso irrelevante a estos efectos, desde el momento que en las actuaciones penales subsiguientes fue absuelto con todos los pronunciamientos favorables, no pudiéndose tener, pues, en modo alguno como cierto que aquél hubiera desarrollado durante su matrimonio un comportamiento alejado de lo que en esta sociedad se consideran formas cívicas de relación familiar. En este sentido, la sentencia de instancia destaca que habiéndose separado el actor de su esposa, la posterior sentencia de divorcio le atribuyó a aquél la custodia de la hija del matrimonio (con la conformidad del cónyuge y el Ministerio Fiscal), lo que, decimos nosotros, no parece un dato compatible con una conducta reproachable por violenta o agresiva en el ámbito familiar.

Nacionalidad española: denegación por razones de orden público o de interés nacional. Nacional de Jordania. Se traslada a España, donde cursa estudios de Medicina, casándose con una ciudadana española. Simpatizaba con organizaciones palestinas radicales. Las nociones de orden público e interés nacional son conceptos jurídicos indeterminados, que excluyen la discrecionalidad, recayendo sobre la Administración la carga de expresar los hechos en que se basa a fin de permitir el necesario control judicial que ha de verificarse, al demandarse por el interesado la tutela judicial efectiva. No ha lugar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **14 de abril de 2011**

Recurso de Casación: **228/2008**

Ponente: **Don Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Concesión de la nacionalidad: inexistencia de motivos de orden público o interés nacional**

«(...) el recurrente nació en Hebrón (Palestina), siendo titular de un pasaporte jordano expedido en 1994, que caducaba el 1 de noviembre de 1999. Nace en 1954, y en 1974 se traslada a España, donde cursa los estudios de Medicina, realizando posteriormente la especialidad de Urología. Reside legalmente desde 1987 y en 1992 se casa con una ciudadana española, con la que tiene dos hijas. Figura inscrito en el padrón de habitantes del municipio de Sevilla, y en la causa se ha aportado una serie de documentos que acreditan su integración social (certificado del Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, in-

forme del Hospital de San Sebastián de Écija e informes del colegio de Sevilla donde asisten sus hijas). La solicitud de nacionalidad origen de la litis se presentó el 24 de febrero de 1999, siendo así que en su tramitación han informado favorablemente el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado.

Ya vimos más arriba que la denegación administrativa se funda en «razones de orden público o de interés nacional». Se trata ahora de verificar tales razones y si la resolución puesta en entredicho es o no conforme a Derecho. A este propósito es de ver que en el expedien-

te administrativo obran dos informes de 1999, uno del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), y otro de la Comisaría General de Extranjería y Documentación (Dirección General de la Policía, Ministerio del Interior), cuyos informes fueron reiterados en 2004. El aludido informe del CESID dice lo siguiente: «El interesado, en su día, simpatizaba con organizaciones palestinas radicales, como la práctica totalidad de los estudiantes palestinos de entonces, aunque sin implicarse en ningún momento en sus actividades. También fue objeto de un intento de captación en ESPAÑA por parte del Servicio de Inteligencia israelí, captación que se ha podido comprobar que finalmente no llegó a materializarse. Por eso, pese a haberse informado negativamente sobre el interesado con motivo de su anterior solicitud de nacionalidad (Expediente de 26 de enero de 1994), se considera que en la actualidad no hay ningún antecedente desfavorable sobre el solicitante ni causa alguna que suponga una amenaza para el Estado o que desaconseje la concesión de la nacionalidad».

(...)

En el supuesto contemplado no puede dejar de llamarse la atención sobre la contradicción en que incurren los informes de dos órganos de la Administración del Estado, cuales son el CESID (cuyo informe de 1999 fue reiterado por el CNI en 2004) y la Comisaría General de Extranjería

y Documentación, cuya contradicción administrativa no puede interpretarse en perjuicio del interesado y ahora demandante. Por otra parte, el informe del CESID aparece razonado de modo bastante, mientras que el de la Comisaría General de Extranjería y Documentación no resulta categórico al expresarse en términos hipotéticos («—podría realizar actividades y al mismo tiempo podrían afectar—»), siendo de notar, además, que este último informe es genérico e indefinido al no concretar lo más mínimo las actividades a que alude, habiéndose la Administración negado a aclarar tales extremos en el período de prueba «por razones de seguridad nacional».

En definitiva, dada la acreditada trayectoria vital del demandante en España y los elementos de juicio de que disponemos en relación con las alegadas razones de orden público e interés nacional esgrimidas por la Administración demandada para denegar la nacionalidad, así como la carga que sobre esta última pesaba para justificar tales razones, hemos de concluir en la inexorable suerte estimatoria del recurso que nos ocupa ante la evanescencia de aquellas razones, que no están suficientemente refrendadas por los informes de la Comisaría General de Extranjería y Documentación y, en cambio, aparecen desacreditadas por los informes del CESID y del CNI, por lo que, sin más circunloquios, procede el acogimiento de la pretensión actora.

Nacionalidad española: residencia. Nacional de Marruecos. Denegación por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica. Antecedentes por robo con violencia e intimidación. Archivo que se acuerda por la prescripción del delito. Ésta no justifica positivamente la buena conducta cívica. La prescripción no se debió a un comportamiento elusivo por parte del actor. Éste había sido detenido en repetidas ocasiones por infracción a la ley de extranjería. El requisito de la buena conducta cívica estaba suficientemente acreditado.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 14 de abril de 2011

Recurso de Casación: 5505/2007

Ponente: Don Octavio Juan Herrero Pina

Voz: Buena conducta cívica: concesión de la nacionalidad. Robo con violencia: prescripción

«En el caso de autos la solicitud de obtención de nacionalidad española por residencia data del 28 de noviembre de 2002, siendo el recurrente na-

cional de Marruecos, está casado con española (matrimonio 7 de septiembre de 2000) y tiene una hija (nacida el 7 de julio de 2004). Goza de resi-

dencia legal, ininterrumpida desde el 16 de mayo de 1996, tiene reconocida una incapacidad permanente y absoluta derivada de enfermedad común por la que cobra pensión con cargo al INSS. Ocupa vivienda en propiedad y presenta declaración de IRPF, conjuntamente con su esposa. El único antecedente desfavorable que se le cita está constituido por las D. previas n.º 4421/1996 del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Córdoba, seguidas por un presunto delito de robo con violencia (hechos de 13 de noviembre de 1996) y que concluyeron por auto de archivo de 12 de agosto de 2005, archivo que se acuerda por la prescripción del delito. La causa quedó paralizada desde 1997 por no localizarse al denunciado.

En la demanda se defiende la total y absoluta desconexión del hoy recurrente con los hechos objeto de las diligencias penales descritas, señalando que nunca ha vivido en Córdoba, que le fue sustraída su documentación personal, que a fecha de los hechos denunciados estaba recibiendo asistencia médica en un hospital de Málaga (se aporta documentación al respecto), y que no tuvo conocimiento de tales diligencias hasta el año 1999, momento en que se dirigió al Juzgado interesándose por la causa (esta última afirmación queda acreditada por el testimonio de tales actuaciones, siendo de destacar que el Juzgado de Instrucción, pese a ello, no llevó a cabo actuación alguna de cara a completar y desarrollar la instrucción por los hechos denunciados y continuó en su completa inactividad frente al denunciado hasta que se dicta el auto de archivo por prescripción del delito en 2005).

No compete a esta jurisdicción contenciosa hacer el juicio de culpabilidad que no se hizo en la jurisdicción penal y dado que nos encontramos ante un antecedente policial único, alejado en el tiempo de la solicitud de nacionalidad (seis años), antecedente que no tuvo confirmación con condena penal, sin que se pueda decir que fuese la actitud elusiva del recurrente la que determinó la prescripción y vistos los datos personales y familiares del recurrente anteriormente descritos, no se puede confirmar la falta de buena conducta cívica que sostiene la resolución recurrida, procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso con reconocimiento del derecho del recurrente a la concesión de la nacionalidad española por residencia».

(...)

Pues bien, como acertadamente pone de manifiesto la Sala de instancia, esos antecedentes no pueden tener la trascendencia que la Administración pretende atribuirles, dado que las actuaciones penales culminaron por auto de archivo por prescripción, y esta prescripción no se debió a un comportamiento elusivo por parte del actor, quien, al contrario, se dirigió al Juzgado interesándose por la causa antes de que se produjera la prescripción. Si este dato se pone en relación con que al tiempo de los hechos denunciados (acaecidos en Córdoba) se encontraba recibiendo asistencia médica en un hospital de Málaga, sólo cabe concluir, como hace la Sala de instancia, que dichos antecedentes carecen de vigor para sustentar con base en ellos la denegación de su solicitud.

(...)

Por lo demás, la Sala de instancia no se limitó a razonar la insuficiencia de las razones dadas por la Administración para denegar la nacionalidad, sino que valoró y resaltó diversos datos positivos que permiten tener por concurrente en el caso ese requisito de la buena conducta cívica. Así, que goza de residencia legal, ininterrumpida desde 1996; que está casado con española (matrimonio 7 de septiembre de 2000) y tiene una hija (nacida el 7 de julio de 2004); que es pensionista por incapacidad permanente y absoluta; que ocupa vivienda en propiedad y presenta documentación acreditativa del cumplimiento de sus deberes fiscales. A lo que podemos añadir, haciendo uso de la facultad procesal del artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional, que en el curso del expediente dos personas con nacionalidad española declararon en favor del solicitante y tanto el Fiscal como el encargado del Registro Civil informaron favorablemente su solicitud.

En definitiva, al resultar vano el único elemento negativo considerado por la Administración, y teniendo en cuenta el resto de circunstancias concurrentes en el solicitante, la conclusión alcanzada por el Tribunal *a quo* tras valorar conjuntamente los datos puestos a su disposición, en el sentido de que el requisito de la buena conducta cívica estaba suficientemente acreditado, fue correcta y ajustada a Derecho. Por ello, el único motivo de este recurso de casación ha de ser desestimado.

Nacionalidad española: residencia. Nacional de Marruecos. Denegación por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica. La recurrente tiene antecedentes por un juicio de faltas. La prescripción de éstos no justifica positivamente la buena conducta. Nada se opuso a la solicitante en cuanto al tiempo de residencia legal en España o al suficiente grado de integración en la sociedad española. Adujo la actora que los antecedentes tomados en consideración por la Administración para denegar la nacionalidad española tenían que corresponder a otra persona homónima pero con distinto lugar y año de nacimiento, y con diferente documento de identidad. No ha lugar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **14 de abril de 2011**

Recurso de Casación: **351/2008**

Ponente: **Don Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Concesión de la nacionalidad: ausencia de antecedentes penales. Prescripción**

«En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 2 de abril de 2003, siendo la recurrente nacional de Marruecos.

El expediente refleja que Asunción, nacida en Tetuán (Marruecos) en 1947 y con n.º de pasaporte NÚM000 aparece incurso, como inculpada, en el JF 195/1999 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Ceuta, procedimiento en el que se acordó su averiguación de domicilio, busca y personación el 9 de septiembre de 1999 y su ausencia determinó la prescripción de la falta, declarándose la misma por auto de 8 de junio de 2005.

La aquí recurrente se llama también Asunción y aparece en nacida en 1948 en Ait Said Oulmes, con carta de identidad marroquí núm. (...), pasaporte marroquí núm. (...) y NIE n.º (...). Por ello ha de partirse de que a la fecha de la solicitud se carecían de antecedentes penales y policiales y que no se puede afirmar que la recurrente aparezca vinculada con los hechos con trascendencia penal a los que la Administración anuda, como motivo único, la falta de buena conducta cívica. Además contamos con la residencia legal, continuada e inmediata a la solicitud durante un amplio lapso temporal (la recurrente goza de residencia continuada sobre la base del permiso de residencia y trabajo desde 12 de septiembre de 1991), con la integración sobre la base de que se conoce el idioma, instituciones, cultura y costumbres españolas, con la realización de actividades retribuidas por

cuenta ajena y con el informe del CNI de que no constan antecedentes desfavorables relativos a la actora.

Por todo ello y teniendo en cuenta la prueba de las circunstancias de base con la que el recurrente pretende justificar su recurso la demanda ha de estimarse».

(...)

Y esto es exactamente lo que ocurre en el presente caso. Consta en el expediente que nada se opuso a la solicitante en cuanto al tiempo de residencia legal en España o al suficiente grado de integración en la sociedad española, por lo que huelga hacer ahora cualesquiera consideraciones al respecto. La única razón concreta dada por la Administración para denegar la nacionalidad española por residencia fue que la solicitante no cumplía el requisito de la «buena conducta cívica» por tener antecedentes por un juicio de faltas. Siendo ésta, insistimos, la única razón por la que se descartó la concurrencia de la «buena conducta cívica», el debate procesal quedó circunscrito a este extremo, esto es, a determinar si las razones en que se apoyó la decisión de la Administración, son o no ajustadas a Derecho; sin que la Administración pueda ahora razonar sobre cualesquiera otras razones que realmente no sirvieron de fundamento a esa decisión. Situada en esta perspectiva, ya en su demanda adujo la actora que los antecedentes tomados en consideración por la Administración para denegar la nacionalidad española tenían que corresponder necesariamente a otra persona homónima pero

con distinto lugar y año de nacimiento, y con diferente documento de identidad. La Sala de instancia, tras contrastar estos datos, concluyó que, efectivamente, los antecedentes policiales esgrimidos por la Administración para denegar la solicitud correspondían a una persona distinta de la demandante.

Pues bien, esta apreciación del Tribunal *a quo* no ha sido adecuadamente combatida por la Administración recurrente en casación mediante la invocación de alguna de las limitadas vías que la jurisprudencia indica como medios de revisar la valoración de la prueba efectuada en la instancia. De todos modos, la discordancia entre

los datos que figuraban en esas diligencias penales y los datos personales reales de la solicitante tienen suficiente entidad y trascendencia como para no poder reputarse irrelevantes o reducirse a un mero error material, como pretende ahora en casación el Abogado del Estado; más bien al contrario, ante tan claras divergencias en datos trascendentes como el lugar y fecha de nacimiento o el número de documentación personal, la conclusión alcanzada por la Sala de instancia (en el sentido de que tenía que tratarse de personas homónimas pero distintas), lejos de presentarse irracional o ilógica, resulta plenamente razonable y por ende irrevisable en casación.

Nacionalidad española: denegación por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica. Antecedentes por violencia doméstica. Existencia de un procedimiento penal abierto, en el que no se llegó a adoptar medida alguna contra el recurrente, sino que fueron provisionalmente sobreseídas.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **14 de abril de 2011**

Recurso de Casación: **5187/2007**

Ponente: **Don Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Concesión de la nacionalidad española: buena conducta cívica. Antecedentes penales sobreseídos**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por D. Darío, nacional de Venezuela, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 6 de junio de 2005, al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica, «ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes del año 2004 (diligencias previas 3624/04) por violencia doméstica. El sobreseimiento provisional de los mismos no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante».

Interpuso entonces recurso de reposición, que fue desestimado por resolución de 3 de octubre de 2005, cuya fundamentación jurídica, tras exponer unas consideraciones generales sobre la materia, dice acerca del caso examinado lo siguiente: «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 las denuncias interpuestas 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 la dignidad e integridad física de la mujer en la relación de pareja. Como quiera que se declararon probadas las frecuentes amenazas a su cónyuge y además éstas se encuentran relativamente próximas a su solicitud de nacionalidad, no puede entenderse acreditada la buena conducta cívica del recurrente».

No conforme con ello el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el que recayó Sentencia de 24 de julio de 2007 en el sentido estimatorio antes descrito.

Contiene dicha sentencia la siguiente fundamentación jurídica (que transcribimos a continuación en cuanto interesa a los efectos del presente recurso de casación): «En el presente caso, el único dato en que la Administración fundamenta su decisión es la existencia de las diligencias previas reseñadas, que fueron sobreseídas el 2 de noviembre de 2004 en aplicación del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; además su esposa, en una comparecencia voluntaria declaró que se trató de una discusión familiar que no tuvo mayor alcance y que existe un total acuerdo en la pareja una de cuyas hijas padece una enfermedad por lo que precisa tratamiento médico; frente a estos datos figura igualmente en el expediente que el demandante reside actualmente con su esposa e hijas en Esplugues de Llobregat, donde trabaja. La base de la denegación consiste, pues, en la existencia de un procedimiento penal abierto en 2004, en el que no se llegó a adoptar medida alguna contra el recurrente, sino que fueron

provisionalmente sobreseídas. Frente a lo anterior, aparecen en el expediente administrativo suficientes elementos para entender que, de acuerdo con las normas y doctrina jurisprudencial antes mencionadas, el recurrente sí cumple el requisito examinado, como son las acabadas de mencionar, lo que no sería compatible con la observancia de una conducta anómala o irregular o inadaptada al medio en que vive, todo lo cual viene corroborado por la prueba practicada en el expediente, que dio lugar a una apreciación favorable a la solicitud del Ministerio Fiscal y del Encargado del Registro. En conclusión la existencia de todos estos elementos, de los que se puede deducir la existencia de una buena conducta, debe prevalecer frente a la existencia de un procedimiento que fue archivado por el Juzgado de Instrucción, y al no apreciarlo así la resolución impugnada, infringió lo dispuesto en el artículo 22.4 CC, en la interpretación jurisprudencial anteriormente expuesta, por lo que debe ser anulada».

Nacionalidad española: denegación por no haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, por no conocer suficientemente el idioma español. Pese a llevar años residiendo y trabajando en España su núcleo familiar directo reside en Tánger. No basta con alegar su tiempo de residencia en España. Se le reprocha no haber promovido la práctica de una prueba adecuada para acreditar su conocimiento del idioma. No ha lugar.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 14 de abril de 2011

Recurso de Casación: 4591/2007

Ponente: Don Octavio Juan Herrero Pina

Voz: Denegación de la nacionalidad: escaso conocimiento del idioma

«Por lo que respecta al grado de conocimiento que el recurrente tiene de nuestro idioma y las circunstancias personales que acrediten su integración en nuestra sociedad, consta en las actuaciones una primera entrevista ante el Encargado del Registro Civil, celebrada el 10 de noviembre de 2003 se utilizó un impreso mecanografiado con espacios en blanco en que se limitaron a rellenar a bolígrafo algunos huecos, y en él se afirmaba que el recurrente “habla correctamente el castellano”. Pero esta afirmación no pasa de ser un impreso y una entrevista personal destinada

a constatar su grado de integración en nuestra sociedad. Poco después, después de haberse insistido por la Administración en la necesidad de realizar un nuevo examen de integración, se realizó una segunda comparecencia (que tuvo lugar el 6 de junio de 2005) en la que se produjo una entrevista personal con el recurrente en la que se le preguntaron diversos datos de su vida personal. El recurrente no supo expresar el nombre del mes y del año en que nació, también afirmó que “tiene cinco hijos, que el mayor está ahora en España, que el resto está con su mu-

jer en Tánger” y “que reside en España con su prima”. Entrevista en la que el Juez Encargado finalmente reseñó su impresión personal, afirmando “que el declarante presenta dificultades de comprensión y sobre todo de expresión en la lengua castellana”.

(...)

Finalmente cabe señalar que no basta con alegar su tiempo de residencia en España pues ello sin duda puede resultar suficiente para seguir autorizando su residencia en España, pero lo que ahora pretende es el reconocimiento de un nuevo estatus distinto y de mayor alcance al que ostentaba y que requiere, como ya hemos tenido ocasión de señalar, una conducta positiva de integración superior que no ha quedado acreditada. Y precisamente el largo tiempo de residencia en España (desde 1991) y las dificultades que sigue teniendo para entender y expresarse en nuestro idioma pone de manifiesto su falta de esfuerzo personal en integrarse en nuestra sociedad a cuya nacionalidad aspira. Conclusión que aparece reforzada por el hecho de que su círculo personal más directo sigue residiendo en Tánger, por lo que tampoco ha quedado demostrado que su círculo personal de intereses radique en España».

(...)

Aduce el actor que se ha infringido el artículo 60.3 de la Ley Jurisdiccional (relativo al recibimiento a prueba del litigio) porque la

sentencia le reprocha no haber promovido la práctica de una prueba adecuada para acreditar su conocimiento del idioma, cuando lo cierto es que sí propuso esa prueba en su demanda (donde solicitó que la Sala le entrevistara) pero la Sala rechazó el recibimiento a prueba del proceso. Ahora bien, si con esta alegación y con la cita como infringido de dicho precepto pretende criticar la falta de recibimiento a prueba, la alegación no puede prosperar por una razón de orden procesal, a saber, porque frente al auto de 4 de julio de 2006, por el que se denegó el recibimiento a prueba, no interpuso recurso de súplica, lo que determina la entrada en juego de la terminante regla procesal del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdiccional, que impide el examen de la cuestión en casación.

Y en cuanto al tema de fondo, ya hemos dicho que la única razón esgrimida por la Administración para denegarle la nacionalidad al actor fue su falta de integración en la sociedad española, manifestada por su deficiente manejo del idioma común; y la Sala de instancia, teniendo en cuenta singularmente la última comparecencia ante el encargado del Registro Civil, apreció que, ciertamente el recurrente no tiene un conocimiento adecuado del idioma español. Pues bien, esta conclusión, en cuanto emana de la apreciación de la prueba por el Tribunal *a quo*, no es revisable en casación salvo por razones excepcionales que aquí ni siquiera se invocan.

RÉGIMEN COMUNITARIO

Abogados: normativa nacional que impone la obligación, para ejercer la abogacía con el título de abogado del Estado miembro de acogida, de ser miembro de una entidad como el Colegio de Abogados. Las Directivas 89/48 y 98/5 se complementan por cuanto ofrecen a los abogados de los Estados miembros dos vías de acceso a la profesión de abogado en un Estado miembro de acogida con el título profesional de este Estado miembro.

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Fecha: 3 de febrero de 2011

Cuestión Prejudicial: C-359/09

Ponente: Sr. Larsen

Voz: Ejercicio permanente de la profesión de un abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título

El Sr. Ebert, de nacionalidad alemana, cursó estudios de Derecho en Alemania y desde 1997, en su condición de miembro del Colegio de Abogados de Düsseldorf, tiene derecho a ejercer como abogado con la designación de «Rechtsanwalt». Desde finales de los años noventa, el Sr. Ebert reside en Hungría, donde en 2002 obtuvo el título de doctor en Derecho por la Universidad de Miskolc.

En 2004, el Sr. Ebert celebró un contrato de cooperación con un bufete de abogados húngaro y, mediante resolución de 20 de septiembre de 2004 del Budapesti Ügyvédi Kamara, se admitió su inclusión en la lista de juristas europeos, en el sentido del artículo 89/A de la Ley de la abogacía, de tal modo que puede ejercer como abogado en dicho Estado miembro con su título profesional de origen.

Conforme se indica en la resolución de remisión, el Sr. Ebert abrió en 2005 su propio bufete en Hungría, inscrito por el Budapesti Ügyvédi Kamara mediante resolución de 6 de abril de 2005.

También según lo señalado en la resolución de remisión, el Sr. Ebert solicitó ante el Fővárosi Bíróság, el 13 de diciembre de 2006, que se le reconociera el derecho a utilizar el título húngaro de «ügyvéd» en Hungría sin ser miembro del Colegio de Abogados.

El Fővárosi Bíróság desestimó la demanda presentada a este respecto por considerar que, conforme a los artículos 1 y 7, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/48, sólo podría reconocerse la legitimidad del Sr. Ebert para utilizar el título de «ügyvéd» si acreditara su pertenencia al Colegio de Abogados. El Sr. Ebert interpuso recurso de apelación contra esta resolución ante el Fővárosi Ítéltábla.

En este contexto, el Fővárosi Ítéltábla decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Pueden interpretarse las Directivas 89/48 (...) y 98/5 (...) en el sentido de que el recurrente, que tiene nacionalidad alemana, ha superado el examen de acceso a la abogacía en Alemania, donde está colegiado, pero dispone de permiso de residencia y trabaja en

Hungría, tiene derecho a utilizar, en los procedimientos judiciales y administrativos, la denominación de “ügyvéd”, oficial en el Estado de acogida (Hungría), además de la denominación alemana de “Rechtsanwalt” y la denominación húngara de “európai közösségi jogász” [(jurista europeo)], pese a no haberse incorporado al Colegio de Abogados en Hungría ni haber obtenido autorización alguna?

- 2) ¿Completa la Directiva 98/5 (...) la Directiva 89/48 (...) en el sentido de que la Directiva 98/5[...], relativa al ejercicio de la profesión de abogado, constituye una ley especial sobre el ámbito de la abogacía, mientras que la Directiva 89/48 (...) se limita, por lo general, a regular el reconocimiento de los títulos de enseñanza superior?»

(...)

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

- 1) Ni la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, ni la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, se oponen a una normativa nacional que impone la obligación, para ejercer la abogacía con el título de abogado del Estado miembro de acogida, de ser miembro de una entidad como el Colegio de Abogados.
- 2) Las Directivas 89/48 y 98/5 se complementan por cuanto ofrecen a los abogados de los Estados miembros dos vías de acceso a la profesión de abogado en un Estado miembro de acogida con el título profesional de este Estado miembro.

Libre prestación de servicios: desplazamiento de trabajadores polacos al mercado laboral de los Estados ya miembros de la Unión en el momento de la adhesión de la República de Polonia. Exigencia de obtención de un permiso de trabajo.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **10 de febrero de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-307/09**

Ponente: **Sr. Lohmus**

Voz: **Desplazamiento de trabajadores polacos. Exigencia de permiso de trabajo**

Por lo que respecta al asunto C-307/09, de la resolución de remisión se desprende que, durante un control realizado por la Inspección de trabajo, se comprobó que tres nacionales polacos al servicio de Vicoplus trabajaban en Maris, sociedad neerlandesa dedicada a la revisión de bombas para otras empresas. De conformidad con un contrato celebrado por Maris con otra sociedad, el trabajo de aquéllos debía ejecutarse entre el 15 de agosto y el 30 de noviembre de 2005.

Los hechos del litigio principal en el asunto C-308/09 se refieren a un informe elaborado por la Inspección de trabajo el 31 de julio de 2006 según el cual, dos nacionales polacos trabajaban desde el 10 de enero de 2006 como montadores en el garaje de Flevoservice en Flevowash BV, sociedad neerlandesa. Habían entrado a trabajar en BAM Vermeer, que había celebrado un contrato con dicha sociedad para reparar y ajustar camiones y remolques.

En cuanto al asunto C-309/09, la resolución de remisión indica que la sociedad en cuyos derechos se subrogó Olbek celebró un contrato, el 15 de noviembre de 2005, con HTG Nederveen BV, sociedad neerlandesa, con el fin de suministrar a esta última personal para prestar servicios de tratamiento de residuos durante varios meses. Un control de los locales de HTG Nederveen BV llevado a cabo por la Inspección de trabajo detectó que dichos servicios los realizaban, en concreto, 20 nacionales polacos.

En los tres asuntos anteriormente mencionados, las demandantes en los litigios principales fueron multadas por infringir el artículo 2, apartado 1, de la Wav, en la medida en que desplazaron a trabajadores polacos a los Países Bajos sin haber obtenido permiso de trabajo para hacerlo.

Al desestimar las reclamaciones interpuestas contra dichas multas, el Secretario de Estado de Asuntos Sociales y Trabajo, en el asunto C-307/09, y el Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en los asuntos C-308/09 y C-309/09, estimaron que la prestación de servicios realizada por Vicoplus, BAM Vermeer y Olbek, respectivamente, había consistido en la puesta a disposición de mano de obra en el sentido del artículo 1e, apartado 1, letra c), del Decreto de desarrollo.

Al haber desestimado el rechtbank's-Gravenhage los recursos que interpusieron contra dichas resoluciones, las demandantes de los litigios principales recurrieron en apelación ante el Raad van State.

Este órgano jurisdiccional señala que ha quedado acreditado que la obligación, establecida en el artículo 1e, apartado 1, del Decreto de desarrollo, de obtener un permiso de trabajo para el suministro de mano de obra constituye una restricción a la libre prestación de servicios. Sin embargo, considera que de las Sentencias de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Rec. p. I-1417); de 9 de agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93, Rec. p. I-3803); de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo (C-445/03, Rec. p. I-10191); de 19 de enero de 2006, Comisión/Alemania (C-244/04, Rec. p. I-885); y de 21 de septiembre de 2006, Comisión/Austria (C-168/04, Rec. p. I-9041) se desprende que tal restricción puede estar justificada, en particular, por el objetivo de interés general consistente en proteger el mercado laboral nacional, concretamente, frente a las elusiones de las restricciones a la libre circulación de los trabajadores.

A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente explica que el mantenimiento de la

referida obligación de obtener un permiso de trabajo se basa, en particular, en la sentencia *Rush Portuguesa*, antes citada, pero subraya que el Tribunal de Justicia no reprodujo las consideraciones recogidas en el apartado 16 de dicha sentencia en las ulteriores sentencias anteriormente mencionadas. Por consiguiente, se plantea la cuestión de si el Derecho de la Unión se opone actualmente a que el suministro de mano de obra se supedita a la obtención de un permiso de trabajo en las circunstancias de los asuntos principales.

En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, para proteger el mercado laboral nacional, el permiso de trabajo exigido en virtud del artículo 2, apartado 1, de la *Wav* para una prestación de servicios consistente en el suministro de mano de obra constituye una medida proporcionada con arreglo a los artículos 56 TFUE y 57 TFUE, habida cuenta igualmente de la reserva formulada en el capítulo 2, apartado 2, del anexo XII del Acta de adhesión de 2003 por lo que respecta a la libre circulación de los trabajadores. De ser éste el caso, se pregunta sobre el alcance del concepto de «suministro de mano de obra» y, en particular, sobre la importancia que debe atribuirse a la naturaleza de la actividad principal que ejerce la empresa proveedora de servicios en cuestión en el Estado miembro en el que está establecida.

En estas circunstancias, el *Raad van State* decidió suspender los procedimientos de los asuntos pendientes ante él y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, que están redactadas en idénticos términos:

- «1) ¿Deben interpretarse los artículos (56 TFUE) y (57 TFUE) en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la contenida en el artículo 2 de la [Wav], en relación con el artículo 1e, apartado 1, inicio y letra c), del Decreto de desarrollo, en virtud de la cual para el desplazamiento de trabajadores en el sentido del artículo 1, apartado 3, inicio y letra c), de la Directiva 96/71/CE se exige un permiso de trabajo?

- 2) ¿Con arreglo a qué criterios debe determinarse si se está en presencia de un desplazamiento de trabajadores en el sentido del artículo 1, apartado 3, inicio y letra c), de la Directiva 96/71/CE?»

(...)

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

- 1) Los artículos 56 TFUE y 57 TFUE no se oponen a que, durante el período transitorio previsto en el capítulo 2, apartado 2, del anexo XII del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión, un Estado miembro supedita a la obtención de un permiso de trabajo el desplazamiento, en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, de trabajadores nacionales polacos en su territorio.
- 2) El desplazamiento de trabajadores en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71 constituye una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración, mediante la cual el trabajador desplazado sigue empleado por la empresa proveedora y no celebra contrato laboral alguno con la empresa usuaria. Se caracteriza por la circunstancia de que el desplazamiento del trabajador al Estado miembro de acogida constituye el propio objeto de la prestación de servicios efectuada por la empresa proveedora y de que dicho trabajador realiza sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria.

Pensión de jubilación: al determinar el período de cotización mínimo exigido por el Derecho nacional para la adquisición del derecho a pensión de jubilación por un trabajador migrante, la institución competente del Estado miembro afectado debe tomar en consideración todos los períodos de cotización adquiridos durante la vida laboral del trabajador migrante, incluidos los adquiridos en otros Estados miembros.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **3 de marzo de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-440/09**

Ponente: **Sr. Kasel**

Voz: **Pensión de jubilación. Consideración del período de cotización cubierto en otro Estado miembro**

La Sra. Tomaszewska, nacida el 1 de marzo de 1952, solicitó una pensión de jubilación anticipada cuando alcanzó la edad de 55 años.

La demandada no había suscrito un fondo de pensiones abierto y había cubierto, en Polonia, como cotización, un período contributivo de una duración de 181 meses, períodos no contributivos de una duración de 77 meses y 11 días y períodos de empleo en la explotación agrícola de sus padres de una duración de 56 meses y 25 días. Además, había cubierto, en el territorio de la antigua República socialista de Checoslovaquia, períodos de cotización contributiva de una duración de 49 meses.

Mediante resolución de 2 de agosto de 2007, el Zakład Ubezpieczeń Społecznych desestimó la solicitud de pensión de jubilación presentada por la Sra. Tomaszewska por considerar que ésta no había demostrado que hubiera cubierto el período de cotización mínimo indispensable de 30 años previsto en el artículo 29, apartado 1, punto 1, de la Ley de pensiones de jubilación. Habida cuenta de que, en virtud del artículo 5, apartado 2, de dicha Ley, los períodos de cotización no contributivos no pueden exceder del tercio de los períodos de cotización cubiertos en Polonia, el Zakład Ubezpieczeń Społecznych le imputó sólo 181 meses en concepto de períodos de cotización no contributivos. Dado que la Sra. Tomaszewska tampoco era titular de un certificado de incapacidad laboral absoluta, el Zakład Ubezpieczeń Społecznych consideró que no reunía los requisitos para poder acogerse a la jubilación anticipada de las mujeres.

La Sra. Tomaszewska interpuso un recurso contra esa resolución ante el Sąd Okręgowy w Nowym Sączu (Tribunal regional de Nowy Sącz). Mediante Sentencia de 7 de diciembre de 2007, dicho tribunal estimó parcialmente el recurso presentado por la Sra. Tomaszewska y declaró que ésta tenía derecho a una pensión de jubilación proporcional a partir del 14 de mayo de 2007. Mediante Sentencia de 5 de agosto de 2008, el Sąd Apelacyjny w Krakowie (Tribunal de apelación de Cracovia) desestimó la apelación presentada por el Zakład Ubezpieczeń Społecznych y confirmó la resolución dictada en primera instancia.

Según el Sąd Apelacyjny w Krakowie, la acumulación de los períodos de cotización cubiertos en Polonia y en el extranjero permite tener en cuenta íntegramente los períodos de cotización cubiertos en Polonia y en el extranjero, de conformidad con el principio de igualdad de trato de los trabajadores migrantes. En efecto, en su opinión, el hecho de considerar que los períodos de cotización no contributivos no pueden exceder del tercio de los períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia conduce a una situación en la que los períodos de cotización contributivos son tenidos en cuenta menos favorablemente en el caso de trabajadores migrantes que en el caso de personas que justifiquen períodos de cotización relativamente largos en Polonia.

El Zakład Ubezpieczeń Społecznych presentó un recurso de casación en el que alegaba que se había hecho una interpretación errónea

de los artículos 45, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71 y 15, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 572 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 (DO L 74, p. 1; EE 05/01, p. 156), así como del artículo 5, apartado 2, de la Ley de pensiones de jubilación. En efecto, el Sąd Apelacyjny w Krakowie declaró, erróneamente que los períodos de cotización no contributivos cubiertos en Polonia debían ser tenidos en cuenta en la medida en que no excedieran del tercio de los períodos de cotización acreditados en Polonia y en el extranjero.

El Zakład Ubezpieczeń Społecznych considera que debe seguirse el orden indicado en el artículo 45, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71 para tener en cuenta los diferentes períodos de seguro. En su opinión, para evaluar si el período de seguro cubierto en un Estado miembro es suficiente para dar derecho a una pensión de jubilación, la institución competente, en un primer momento, debe aplicar únicamente la legislación de dicho Estado miembro y determinar si el período de seguro cubierto en ese Estado puede dar derecho a una pensión de jubilación abonada por la institución. Si los períodos de cotización así determinados son insuficientes, en un segundo momento, se han de tener en cuenta períodos de cotización cubiertos en otros Estados miembros.

Este enfoque es confirmado por el tenor del artículo 15 del Reglamento n.º 574/72. Además, permite tener en cuenta la totalidad de los períodos de cotización cubiertos en el extranjero, tanto contributivos como no contributivos, en la medida en que una eventual limitación de la consideración de determinados períodos de cotización no se aplica a los períodos cubiertos en el extranjero, aspecto que reviste una importancia significativa en el caso de que esos períodos hayan sido cubiertos durante la vigencia de la legislación de un Estado miembro que los tiene en cuenta para declarar la adquisición de la prestación.

En cambio, según el Sąd Apelacyjny w Krakowie, cada Estado miembro está obligado a asimilar, para determinar el derecho a las prestaciones abonadas por la seguridad social con arreglo al artículo 45, apartado 1, del Reglamen-

to n.º 1408/71, los períodos de cotización cubiertos en el territorio de cualquier otro Estado miembro de la Unión a los períodos cubiertos en su territorio.

Al haber declarado que la posición del Sąd Apelacyjny w Krakowie venía corroborada, no obstante, por el tenor del artículo 46, apartado 2, letra a), primera frase, del Reglamento n.º 1408/71, relativo al cálculo del importe teórico de la prestación, el tribunal remitente concluye que el litigio se resume a si el límite que no pueden sobrepasar los períodos de cotización no contributivos es igual al tercio de la duración de los períodos de cotización acreditados adquiridos en Polonia o al tercio de todos los períodos de cotización cubiertos durante la vida profesional del afiliado, incluidos los cubiertos en otros Estados miembros.

En estas circunstancias, el Sąd Najwyższy decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 45, apartado 1, del Reglamento (n.º 1408/71), en relación con el artículo 15, apartado 1, letra a) del Reglamento (n.º 574/72) en el sentido de que obliga a la autoridad competente de un Estado miembro que constata que un asegurado no cumple el requisito de haber cubierto en dicho Estado un período de cotización de una duración suficiente para tener derecho a una pensión de jubilación con arreglo a su legislación, a tener en cuenta el período cotizado en otro Estado miembro, de modo que tenga que determinar de nuevo el período cotizado del que depende el nacimiento del derecho, aplicando la disposición del Derecho nacional y considerando el período cotizado en otro Estado miembro como un período cotizado en dicho Estado, o sumando el período cotizado en otro Estado miembro al período nacional, previamente determinado según la disposición aplicable?»

(...)

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

El artículo 45, apartado 1, 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, 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, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, debe interpretarse en el sentido de que, al determinar el período de cotización mínimo exigido por el Derecho nacional para la adquisición

del derecho a pensión de jubilación por un trabajador migrante, la institución competente del Estado miembro afectado debe tomar en consideración, para determinar el límite del que no pueden exceder los períodos de cotización no contributivos con respecto a los períodos de cotización contributivos, tal como esté previsto en la normativa de ese Estado miembro, todos los períodos de cotización adquiridos durante la vida laboral del trabajador migrante, incluidos los adquiridos en otros Estados miembros.

Ciudadanía de la Unión Europea: los menores, considerados nacionales de Bélgica de acuerdo a su legislación, tienen derecho al estatuto de ciudadanos de la Unión como cualquier nacional de un Estado miembro, aunque sus progenitores sean nacionales de un Estado tercero. Permiso de residencia y de trabajo: su denegación al progenitor de los menores, de corta edad, que ha asumido su manutención, es contraria al artículo 20 TFUE ya que impide a los menores ejercer sus derechos como ciudadanos de la Unión.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **8 de marzo de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-34/09**

Ponente: **Sr. Cunha Rodrigues**

Voz: **Ciudadanía de la Unión Europea. Permiso de residencia y de trabajo a nacionales de terceros Estados**

El 14 de abril de 1999, el Sr. Ruiz Zambrano solicitó asilo en Bélgica, país en el que había entrado provisto de un visado expedido por la Embajada de Bélgica en Bogotá (Colombia). En febrero de 2000, su esposa, también nacional colombiana, solicitó igualmente el derecho al estatuto de refugiado en dicho Estado miembro.

Mediante resolución de 11 de septiembre de 2000, las autoridades belgas denegaron sus solicitudes, acompañando al mismo tiempo la orden de abandonar el territorio que se les notificó de una cláusula de no repatriación a Colombia, dada la situación de guerra civil existente en dicho país.

El 20 de octubre de 2000, el Sr. Ruiz Zambrano presentó una solicitud de regularización de su estancia en virtud del artículo 9, párrafo tercero, de la Ley de 15 de diciembre de 1980. En su solicitud invocaba la imposibilidad absoluta de regresar a Colombia y el deterioro ex-

tremo de la situación en dicho país, resaltando por otro lado sus esfuerzos para integrarse en la sociedad belga, su aprendizaje del francés y la escolarización de su hijo en educación infantil, además del riesgo, en caso de regresar a Colombia, de que se agravara el síndrome postraumático grave que había sufrido en 1999 como consecuencia del secuestro durante una semana de su hijo, que a la sazón tenía 3 años.

Mediante resolución de 8 de agosto de 2001 se desestimó esta solicitud. Dicha resolución fue objeto de recurso de anulación y de suspensión ante el Conseil d'État, que desestimó el recurso de suspensión mediante Sentencia de 23 de marzo de 2003.

Desde el 18 de abril de 2001, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa están empadronados en el municipio de Schaerbeek (Bélgica). El 2 de octubre de 2001, el demandante en el litigio principal celebró un contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo con la empresa Plas-

toria con efectos desde el 1 de octubre de 2001, a pesar de que no tenía permiso de trabajo.

El 1 de septiembre de 2003, la esposa del Sr. Ruiz Zambrano dio a luz a su segundo hijo, Diego, que adquirió la nacionalidad belga en virtud del artículo 10, párrafo primero, del Código de nacionalidad belga, en la medida en que la ley colombiana no concede la nacionalidad a los nacidos fuera de territorio colombiano si sus progenitores no llevan a cabo expresamente los trámites necesarios para que la adquieran.

Se desprende además de la resolución de remisión que cuando nació su segundo hijo el Sr. Ruiz Zambrano disponía, por razón de su actividad profesional, de recursos suficientes para poder mantenerle. Dicha actividad generaba el pago de una remuneración con arreglo a distintos baremos aplicables, sujeta a la retención legal de las cotizaciones de seguridad social, y al pago de las cotizaciones empresariales.

El 9 de abril de 2004, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa presentaron una nueva solicitud de regularización de su estancia con arreglo al artículo 9, párrafo tercero, de la Ley de 15 de diciembre de 1980, invocando como elemento nuevo el nacimiento de su segundo hijo y basándose en el artículo 3 del Protocolo n.º 4 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que a su juicio obstaba a que se obligara a dicho menor a abandonar el territorio del Estado del que es nacional.

Tras el nacimiento el 26 de agosto de 2005 de su tercer hijo, Jessica, que, como su hermano Diego, adquirió la nacionalidad belga, el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa presentaron el 2 de septiembre de 2005 una solicitud de residencia permanente basada en el artículo 40 de la Ley de 15 de diciembre de 1980, como ascendientes de un nacional belga.

El 13 de septiembre de 2005, se expidió a cada uno de ellos un certificado de registro de residencia, que legalizaba temporalmente su estancia hasta el 13 de febrero de 2006.

La solicitud de residencia permanente del Sr. Ruiz Zambrano se desestimó el 8 de noviembre de 2005, debido a que éste «no puede invocar la aplicación del artículo 40 de la Ley de 15 de diciembre de 1980, ya que ha ignorado las leyes de su país ya que no inscribió a su hijo ante las

autoridades diplomáticas o consulares, sino que siguió correctamente los procedimientos que tenía a su disposición para obtener la nacionalidad belga [para dicho hijo] e intentar posteriormente regularizar su propia estancia sobre esta base». El 26 de enero de 2006, se desestimó la solicitud de residencia permanente de su esposa por idéntico motivo.

Desde la presentación de su recurso de revisión contra la resolución desestimatoria de su solicitud de residencia permanente en marzo de 2006, el Sr. Ruiz Zambrano posee un documento especial de residencia válido durante el examen de dicho recurso.

Mientras tanto, a saber, el 10 de octubre de 2005, el Sr. Ruiz Zambrano estuvo en situación de desempleo por razones objetivas, lo que le llevó a presentar una primera solicitud de prestaciones por desempleo, que fue objeto de una resolución desestimatoria notificada al interesado el 26 de febrero de 2006. Esta resolución fue recurrida ante el tribunal remitente mediante demanda de 12 de abril de 2006.

Durante la instrucción del recurso contra esta resolución, el Office des Étrangers confirmó que «aunque el interesado y su esposa no [podían] ejercer actividad profesional alguna, sin embargo no era posible adoptar ninguna medida de expulsión en su contra debido a que su solicitud de regularización estaba todavía en curso».

Con motivo de una investigación llevada a cabo el 11 de octubre de 2006 por la Direction générale du contrôle des lois sociales en las instalaciones del empresario del Sr. Ruiz Zambrano, se comprobó que el interesado se encontraba trabajando. Debió abandonar el puesto de trabajo en ese mismo momento. Al día siguiente, el empresario del Sr. Ruiz Zambrano extinguió el contrato de trabajo con efectos inmediatos y sin indemnización.

La solicitud presentada por el Sr. Ruiz Zambrano a fin de tener derecho a la prestación permanente por desempleo desde el 12 de octubre de 2006 fue desestimada por una resolución del ONEm notificada el 20 de noviembre de 2006. Esta resolución fue también objeto de un recurso ante el tribunal remitente, interpuesto mediante demanda de 20 de diciembre de 2006.

El 23 de julio de 2007, se dio parte al interesado de la resolución del Office des Étrangers por la que se declaraba inadmisibles su solicitud de regularización de residencia presentada el 9 de abril de 2004. El recurso interpuesto contra dicha resolución ante el Conseil du contentieux des étrangers se declaró sin objeto mediante Sentencia de 8 de enero de 2008, ya que el Office des Étrangers la había revocado.

Mediante escrito de 25 de octubre de 2007, el Office des Étrangers informó al Sr. Ruiz Zambrano de que el recurso de revisión que había interpuesto en marzo de 2006 contra la resolución desestimatoria de su solicitud de residencia permanente de 2 de septiembre de 2005 debía volver a interponerse en el plazo de 30 días desde la notificación de dicho escrito, en forma de recurso de anulación ante el Conseil du contentieux des étrangers.

El 19 de noviembre de 2007, el Sr. Ruiz Zambrano presentó tal recurso, que basa, en primer lugar, en la inexistencia de la «ingeniería jurídica» que se le reprocha en esta resolución, recordando que la adquisición de la nacionalidad belga por sus hijos menores de edad nacidos en Bélgica no se derivaba de ningún trámite que hubiera llevado a cabo en ese sentido, sino de la aplicación de la normativa belga. Por otro lado, el Sr. Ruiz Zambrano invoca una infracción de los artículos 2 y 7 de la Directiva 2004/38, así como una infracción del artículo 8 del Convenio de protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH») y del artículo 3, apartado 1, del Protocolo n.º 4 de dicho Convenio.

En sus observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno belga indica que, desde el 30 de abril de 2009, el Sr. Ruiz Zambrano tiene un derecho de residencia provisional, renovable salvo disposición en contrario, y que debería tener un permiso de trabajo tipo C con arreglo a las instrucciones de la ministre de la Politique de migration et d'asile du 26 mars 2009 relatives à l'application de l'ancien article 9, troisième alinéa, et de l'article 9 bis de la loi du 15 décembre 1980 (instrucciones de la Ministra de política de migración y de asilo, de 26 de marzo de 2009, relativas a la aplicación del antiguo artículo 9, párrafo tercero, y del

artículo 9 bis de la Ley de 15 de diciembre de 1980).

Se desprende de la resolución de remisión que las dos resoluciones objeto del litigio principal, mediante las que el ONEm denegó el reconocimiento del derecho a prestaciones por desempleo al Sr. Ruiz Zambrano, en un primer momento durante el período de desempleo temporal iniciado el 10 de octubre de 2005, y, posteriormente, desde el 12 de octubre de 2006, como consecuencia de la pérdida de su puesto de trabajo, se basan exclusivamente en que el período que éste indica en concepto de período de ocupación cotizada requerido para los parados de su franja de edad, es decir, 468 días de trabajo durante los 27 meses anteriores a la solicitud de prestaciones por desempleo, no se había cubierto respetando la normativa relativa a la estancia de los extranjeros y la relativa a la contratación de trabajadores extranjeros.

Ante el tribunal remitente, el Sr. Ruiz Zambrano refuta esta alegación afirmando, en particular, que tiene un derecho de residencia basado directamente en el Tratado CE, o, al menos, que tiene el derecho de residencia derivado, reconocido por la Sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925), a los ascendientes de un menor de corta edad nacional de un Estado miembro y que, por tanto, estaba exento de la obligación de tener permiso de trabajo.

En estas circunstancias, el Tribunal du travail de Bruxelles decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Reconocen los artículos 12 (CE), 17 (CE) y 18 (CE), o alguno o algunos de ellos, interpretados independiente o conjuntamente, al ciudadano de la Unión un derecho de residencia en el territorio del Estado miembro cuya nacionalidad tiene este ciudadano, con independencia de que haya ejercitado o no previamente su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros?

2) Los artículos 12 (CE), 17 (CE) y 18 (CE), en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales (...), ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho que reconocen,

sin discriminación por razón de nacionalidad, a todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros implica, cuando el ciudadano sea un menor de corta edad a cargo de un ascendiente de un país tercero, que el disfrute del derecho de residencia de este menor, en el territorio del Estado miembro en el que reside y del cual tiene la nacionalidad, deba serle garantizado, independientemente del ejercicio previo por su parte o por mediación de su representante legal del derecho de circulación, atribuyendo a este derecho de residencia el efecto útil cuya necesidad fue reconocida por la jurisprudencia comunitaria [(sentencia Zhu y Chen, antes citada)], mediante la concesión, al ascendiente nacional de un país tercero que tiene este menor a su cargo y que dispone de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad, del derecho de residencia derivado del que gozaría este mismo nacional de un país tercero si el menor que tiene a su cargo fuera un ciudadano de la Unión que no tuviera la nacionalidad del Estado miembro en el que reside?

3) Los artículos 12 (CE), 17 (CE) y 18 (CE), en relación con las disposiciones de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ¿deben interpretarse en el sentido de que el derecho de residencia de un menor, nacional de un Estado miembro, en el territorio del cual reside, debe implicar la concesión de una dispensa de permiso de trabajo al ascendiente —nacional

de un país tercero, que tiene a su cargo este hijo menor y que cumpliría la condición de disponer de recursos suficientes y de estar cubierto por un seguro de enfermedad si el Derecho interno del Estado miembro en el que reside no exigiera un permiso de trabajo, ya que realiza un trabajo por cuenta ajena que determina su inclusión en el régimen de seguridad social de dicho Estado [miembro]— con el fin de atribuir al derecho de residencia de este hijo el efecto útil que la jurisprudencia comunitaria [(sentencia Zhu y Chen, antes citada)], ha reconocido a un hijo menor, ciudadano europeo con nacionalidad diferente de la nacionalidad del Estado miembro en el que reside y que se encuentra a cargo de un ascendiente, nacional de un país tercero?».

(...)

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

El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.

Libre circulación de trabajadores. Trabajadores desplazados: derecho al mantenimiento de sus derechos en materia de Seguridad Social. Contrato de trabajo: no puede considerarse extinguido por dimisión del trabajador por el hecho de que se le haya trasladado a otro Estado miembro. Prestaciones complementarias: el período de adquisición de derechos debe incluir los años de servicios prestados en diferentes Estados miembros para el mismo empresario y con el mismo contrato de trabajo global.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **10 de marzo de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-379/09**

Ponente: **Sr. George Arestis**

Voz: **Libre circulación de los trabajadores. Seguridad Social. Protección de derechos**

El Sr. Casteels trabajó para BA ininterrumpidamente desde el 1 de julio de 1974. Durante su carrera, siempre estuvo contratado por dicha empresa en territorio de diferentes Estados miembros, a saber, el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania y la República Francesa. Estuvo vinculado de manera continua a BA mediante un contrato de trabajo global que se modificó en varias ocasiones en función del centro de trabajo correspondiente.

De este modo, el Sr. Casteels trabajó en Bélgica hasta el 14 de noviembre de 1988, y, posteriormente, del 15 de noviembre de 1988 al 1 de octubre de 1991, en el centro de trabajo de BA en Düsseldorf. Del 1 de octubre de 1991 al 1 de abril de 1996, estuvo contratado por BA en Francia, y después volvió a desempeñar sus funciones en Bélgica.

El contrato de trabajo del Sr. Casteels, de 10 de marzo de 1988, establecía que éste estaría afiliado al régimen de pensión complementario de BA existente en su lugar de trabajo.

Con ocasión del traslado del Sr. Casteels de Bruselas a Düsseldorf, se pactó entre las partes que las condiciones de empleo del interesado serían las aplicables al personal alemán que hubiera entrado al servicio de BA el 1 de julio de 1974. Sin embargo, se estableció una excepción por lo que se refiere a la afiliación del Sr. Casteels al régimen de pensión de BA en Alemania, contratado con la mutua del grupo, Victoria Lebensversicherungen AG. Tal afiliación sólo podía comenzar a partir de la entrada en funciones del Sr. Casteels en el centro de trabajo de BA sito en Düsseldorf.

En el litigio principal, BA niega el derecho del Sr. Casteels a la pensión complementaria por el período de actividad cumplido en Alemania, dado que el Sr. Casteels abandonó voluntariamente este centro de trabajo de Düsseldorf en 1991 sin haber cumplido el período mínimo de servicio necesario, con arreglo a la cláusula 7 del convenio colectivo, para la adquisición de derechos definitivos a pensión complementaria conforme al régimen en vigor en dicho centro.

Según el Arbeidshof te Brussel, en virtud de la normativa alemana en vigor durante el período de que se trata, el Sr. Casteels sólo podía invocar un derecho al reembolso de sus propias aportaciones, salvo las abonadas por su emplea-

dor. Así, por lo que respecta a los derechos a pensión complementaria, al haber trabajado para el mismo empleador en diferentes Estados miembros la situación del Sr. Casteels sería menos favorable que si hubiera trabajado siempre en Bélgica para éste.

El órgano jurisdiccional remitente, antes de pronunciarse sobre el recurso del Sr. Casteels, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: «1) En caso de abstención del Consejo [de la Unión Europea], ¿puede un particular invocar el artículo 42 CE frente a un empresario del sector privado en un litigio ante los órganos jurisdiccionales nacionales?

2) ¿Se oponen el artículo 39 CE, antes de la Directiva 98/49/CE del Consejo, [de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 29, p. 46)], y el artículo 42 CE, individual o conjuntamente: a que respecto a un trabajador que trabaja para un mismo empresario (persona jurídica) y que, salvo en las situaciones de traslado, ha sido empleado de forma sucesiva en diversos centros de trabajo de dicho empresario situados en diversos Estados miembros, estando sujeto en cada ocasión al plan de pensiones en vigor en el respectivo centro de trabajo,

- para determinar el período de adquisición de derechos definitivos a pensión complementaria (sobre la base de las aportaciones del trabajador y del empresario) en un determinado Estado miembro, no se tengan en cuenta los años de servicio cubiertos por el trabajador para el mismo empresario en otro Estado miembro ni su afiliación a un plan de pensiones en dicho país, y,
- el traslado de un trabajador, con su consentimiento, a un centro de trabajo del mismo empresario en otro Estado miembro se equipare al supuesto, previsto en el plan de pensiones, de abandono voluntario del centro de trabajo en el que los derechos a pensión complementaria se limitan a las propias aportaciones del trabajador, y a que tal situación tenga

como consecuencia negativa que el trabajador pierda los derechos a pensión complementaria por su empleo en dicho Estado miembro, lo cual no habría ocurrido si hubiera trabajado únicamente en un solo Estado miembro para su empresario y hubiera permanecido afiliado al plan de pensiones de dicho Estado miembro?»

(...)

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

1) El artículo 48 TFUE no tiene ningún efecto directo que pueda ser invocado por un particular contra un empresario del sector privado en un litigio del que conocen los tribunales nacionales.

2) El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone, en el marco de

la aplicación obligatoria de un convenio colectivo:

- a que, para determinar el período de adquisición de derechos definitivos a pensión complementaria en un Estado miembro, no se tengan en cuenta los años de servicios prestados por un trabajador para el mismo empresario en centros de trabajo de éste situados en diferentes Estados miembros y en virtud del mismo contrato de trabajo global, y
- a que deba considerarse que un trabajador que ha sido trasladado de un centro de trabajo de su empresario situado en un Estado miembro a un centro de trabajo del mismo empresario situado en otro Estado miembro ha extinguido su relación laboral con dicho empresario mediante dimisión.

Extranjeros en situación irregular: orden de salida. Retorno de nacionales de terceros países. Normativa comunitaria contraria a la normativa un Estado miembro que prevé la imposición de pena de prisión a un extranjero en situación irregular por el único motivo de que permanezca en el territorio de dicho Estado sin causa justificada, infringiendo una orden de salida.

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Fecha: 28 de abril de 2011

Cuestión prejudicial: C-61/11

Ponente: Sr. Ilesic

Voz: Extranjeros en situación irregular. Orden de salida. Incumplimiento. Pena de prisión. Normativa comunitaria

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

Una orden de expulsión del territorio nacional, dictada el 21 de mayo de 2010 por el questore de Udine, en aplicación del citado decreto de expulsión, le fue notificada ese mismo día. Esa orden de expulsión estaba motivada por la indisponibilidad de un vehículo u otro medio de transporte, la falta de documentos de identidad del Sr. El Dridi, y la imposibilidad de acogerle

provisionalmente en un centro de internamiento debido a la falta de plazas en los establecimientos previstos para tal fin.

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

El Sr. El Dridi fue condenado por el Tribunale di Trento, pronunciándose en formación unipersonal según el procedimiento abreviado, a la pena de un año de prisión por el delito tipificado en el artículo 14, apartado 5 ter, del Decreto Legislativo n.º 286/1998.

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

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

Ese tribunal puntualiza sobre ello que la sanción penal prevista en el artículo 14, apartado 5 ter, del Decreto Legislativo n.º 286/1998 se impone tras la comprobación de la infracción de una fase intermedia del procedimiento gradual de ejecución de la decisión de retorno, prevista por la Directiva 2008/115, a saber, el incumplimiento tan sólo de la orden de expulsión. La pena de prisión, que puede ir de uno a cuatro años, parece por otra parte de un rigor extremado.

En esas circunstancias, la Corte d'appello di Trento decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «A la luz de los principios de cooperación leal para el efecto útil de conseguir los objetivos de la Directiva, así como de los principios de proporcionalidad, adecuación y racionalidad de la pena, ¿se oponen los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115/CE [...]»

- a la posibilidad de que se sancione penalmente la infracción de una fase intermedia del procedimiento administrativo de retorno, antes de que éste concluya mediante el recurso en su caso al máximo rigor posible en materia de coerción administrativa;
- a la posibilidad de que se castigue con una pena de hasta cuatro años de prisión la mera falta de cooperación del interesado en el procedimiento de expulsión y, en particular, en el supuesto del incumplimiento de la primera orden de expulsión dictada por la autoridad administrativa?»

(...)

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

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

Igualdad de trato: negativa de las autoridades competentes de un Estado miembro a modificar el certificado de matrimonio de una pareja de ciudadanos de la Unión para que el apellido común a ambos cónyuges se transcriba de manera uniforme y de una forma acorde con las normas de grafía del Estado miembro de origen del cónyuge de cuyo apellido se trata puede suponer para los interesados graves inconvenientes de orden administrativo, profesional o privado.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **12 de mayo de 2011**

Cuestión prejudicial: **C-391/09**

Ponente: **Sr. Caoimh**

Voz: **Certificado de matrimonio: grafía de la lengua oficial. Modificación del apellido**

La Sra. Runevič-Vardyn, demandante en el asunto principal, nacida el 20 de marzo de 1977 en Vilnius, es nacional lituana. Según los datos facilitados al Tribunal de Justicia, forma parte de la minoría polaca de la República de Lituania, pero no posee la nacionalidad polaca.

Declara que recibió de sus padres el nombre polaco «Małgorzata» y el apellido de su padre, «Runiewicz».

Según la resolución de remisión, el certificado de nacimiento de la demandante en el asunto principal, expedido el 14 de junio de 1977, indica que el nombre y el apellido de esta última se inscribieron con la firma lituana, es decir, «Malgožata Runevič». Los mismos nombre y apellido figuran en un nuevo certificado de nacimiento que le fue expedido el 9 de septiembre de 2003 por el Registro Civil de Vilnius, así como en el pasaporte lituano expedido por las autoridades competentes el 7 de agosto de 2002. 18. Según las observaciones de los demandantes en el asunto principal, el certificado de nacimiento de 14 de junio de 1977 estaba redactado en caracteres cirílicos, mientras que el de 9 de septiembre de 2003 empleaba el alfabeto latino y en él figuraban el nombre y apellido de la demandante en el asunto principal con la forma «Malgožata Runevič».

La demandante en el asunto principal alega asimismo que el Registro Civil de Varsovia le expidió el 31 de julio de 2006 un certificado de nacimiento polaco. Aduce que, en dicho certificado polaco, su nombre y su apellido se mencionan con arreglo a las normas de grafía polacas, es decir, «Malgožata Runevič».

Los demandantes en el asunto principal señalan que las autoridades competentes polacas expidieron también un certificado de matrimonio en el que sus nombres y apellidos aparecen transcritos conforme a las normas de grafía polacas.

Tras haber residido y trabajado en Polonia durante cierto tiempo, la demandante en el asunto principal contrajo matrimonio el 7 de julio de 2007 con el demandante en el asunto principal. En el certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil de Vilnius, «Łukasz Paweł Wardyn» aparece transcrito con la forma «Łukasz Paweł Wardyn» —de modo que se utiliza el alfabeto latino sin signos diacríticos—, mientras que

el nombre de la esposa figura como «Malgožata Runevič-Vardyn», lo que significa que sólo se emplearon los caracteres lituanos, que no incluyen la letra «W», incluso para la unión del apellido de su cónyuge a su propio apellido.

De los autos se desprende que los demandantes en el asunto principal residen actualmente en Bélgica con su hijo.

El 16 de agosto de 2007, la demandante en el asunto principal presentó ante el Registro Civil de Vilnius una solicitud para que su nombre y apellido, según figuran en su certificado de nacimiento, es decir, «Malgožata Runevič-Vardyn», fueran modificados por «Małgozata Runeviwicz» y para que su nombre y apellido, según figuran en su certificado de matrimonio, es decir «Malgožata Runevič-Vardyn», fueran modificados por «Małgozata Runiewicz-Wardyn».

En su respuesta de 19 de septiembre de 2007, el Registro Civil de Vilnius informó a la demandante en el asunto principal de que, en virtud de la normativa nacional aplicable, no era posible modificar las indicaciones que figuraban en los documentos acreditativos del estado civil de que se trata.

Los demandantes en el asunto principal interpusieron un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente.

En su resolución, el órgano jurisdiccional remitente se refiere a las diversas alegaciones formuladas por los demandantes en el asunto principal en apoyo de su recurso. Dicho órgano jurisdiccional señala, en relación con el demandante, que, según éste, la negativa de las autoridades lituanas a transcribir en el certificado de matrimonio sus nombres de pila con arreglo a las normas de grafía polacas constituye una discriminación contra un ciudadano de la Unión que ha celebrado un matrimonio en un Estado distinto de su Estado de origen. Si el matrimonio hubiera tenido lugar en Polonia, sus nombres se habrían registrado en el certificado de matrimonio utilizando la misma grafía que la que figura en su certificado de nacimiento. Puesto que la letra «W» no existe oficialmente en el alfabeto lituano, el demandante en el asunto principal se pregunta por qué las autoridades lituanas conservaron la grafía original de su apellido, mientras que modificaron la de sus nombres.

El órgano jurisdiccional remitente señala asimismo que el Registro Civil de Vilnius y las demás partes interesadas se opusieron a la solicitud de las demandantes en el asunto principal dirigida a que se les obligue a modificar las indicaciones que figuran en los documentos acreditativos del estado civil.

De la resolución del órgano jurisdiccional remitente se desprende que, el 21 de octubre de 1999, el Tribunal Constitucional dictó una resolución sobre la compatibilidad con la Constitución de la decisión del Consejo Supremo de 31 de enero de 1991, relativa a la redacción de los nombres y apellidos en los pasaportes de los ciudadanos lituanos.

Dicho Tribunal declaró que, en un pasaporte, los nombres y apellidos de una persona deben redactarse según las normas de grafía de la lengua oficial nacional para salvaguardar el estatus constitucional de esta lengua.

Al estimar que no le era posible dar una respuesta clara a las cuestiones suscitadas en el litigio del que conoce, en particular en relación con los artículos 18 TFUE y 21 TFUE, así como respecto al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/43, el Vilniaus miesto 1 apylinkės teismas decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) A la luz de las disposiciones de la Directiva 2000/43 (...), ¿debe entenderse que el artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva prohíbe a los Estados miembros discriminar indirectamente a los individuos por razón de su origen étnico en caso de que la normativa jurídica nacional disponga que sus nombres y apellidos deben escribirse utilizando únicamente los caracteres del idioma nacional en los documentos acreditativos del estado civil?

2) A la luz de las disposiciones de la Directiva 2000/43 (...), ¿debe entenderse que el artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva prohíbe a los Estados miembros discriminar indirectamente a los individuos por razón de su origen étnico en caso de que la normativa nacional disponga que los nombres y apellidos de personas de distinto origen o nacionalidad deben escribirse en los documentos acreditativos del estado civil utilizando caracteres del alfabe-

to latino y sin hacer uso de signos diacríticos, ligaduras u otras modificaciones del alfabeto latino que se emplean en otros idiomas?

3) A la luz del artículo (21 TFUE), apartado 1, que dispone que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y a la luz del artículo (18 TFUE), párrafo primero, que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, ¿debe entenderse que dichas disposiciones prohíben a los Estados miembros establecer en la normativa nacional que los nombres y apellidos se escriban en los documentos acreditativos del estado civil utilizando únicamente los caracteres del idioma nacional?

4) A la luz del artículo (21 TFUE), apartado 1, que dispone que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y del artículo (18 TFUE), párrafo primero, que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, ¿debe entenderse que dichas disposiciones prohíben a los Estados miembros establecer en la normativa nacional que los nombres y apellidos de personas de diferente origen o nacionalidad deben escribirse en los documentos acreditativos del estado civil utilizando caracteres del alfabeto latino y sin hacer uso de signos diacríticos, ligaduras u otras modificaciones del alfabeto latino que se emplean en otros idiomas?»

(...)

2) El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que:

- no se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro, conforme a una normativa nacional que establece que los nombres y apellidos de una persona sólo pueden transcribirse en los documentos de dicho Estado acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional, se nieguen a modificar en los certificados de nacimiento y de matrimonio de uno de sus nacionales el apellido y el nombre de éste según las normas de grafía de otro Estado miembro;
- no se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal

y con arreglo a esta misma normativa, se nieguen a modificar el apellido común de un matrimonio de ciudadanos de la Unión, tal como figura en los documentos acreditativos del estado civil expedidos por el Estado miembro de origen de uno de estos ciudadanos, en una forma acorde con las normas de grafía de este último Estado, siempre y cuando esta negativa no suponga para dichos ciudadanos de la Unión graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado, circunstancia que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente. Si es así, corresponde igualmente a dicho órgano jurisdiccional comprobar si la negativa a la modificación es necesaria para la protección de los intereses

que la normativa nacional pretende proteger y es proporcionada respecto al objetivo legítimamente perseguido;

- no se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal y con arreglo a esta misma normativa, se nieguen a modificar el certificado de matrimonio de un ciudadano de la Unión nacional de otro Estado miembro para que los nombres de dicho ciudadano se transcriban en ese certificado con signos diacríticos tal como se han transcrito en los documentos acreditativos del estado civil expedidos por su Estado miembro de origen y en una forma acorde con las normas de grafía de la lengua oficial nacional de este último Estado.

Libertad de establecimiento: incumplimiento de las obligaciones que implica por el Reino de Bélgica. Exigencia de nacionalidad belga para poder establecerse en su territorio con vistas al ejercicio de la profesión de notario.

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Fecha: 24 de mayo de 2011

Cuestión prejudicial: C-47/08

Ponente: Sr. Arabadjev

Voz: Profesión de notario en Bélgica: requisitos de nacionalidad

En el ordenamiento jurídico belga, los notarios ejercen su actividad como una profesión liberal. La organización de la profesión notarial está regulada por la Ley de 25 de Ventoso del año XI, relativa a la organización del notariado, en su versión modificada por la Ley de 4 de mayo de 1999 (en lo sucesivo, «Ley de Ventoso»).

Con arreglo al artículo 1, párrafo primero, de esta Ley, los notarios son «funcionarios públicos nombrados para intervenir todos los actos y contratos a los que las partes deban o quieran dar el carácter de auténticos propio de los documentos expedidos por el poder público y para dar fe de su fecha, conservarlos en depósito y expedir primeras copias o copias simples con o sin carácter ejecutivo».

El artículo 5, apartado 1, de dicha Ley establece que «los notarios ejercerán sus funcio-

nes dentro del distrito judicial de su lugar de residencia». En virtud del artículo 9, apartado 1, párrafo primero, de la Ley de Ventoso, excepto en los supuestos en los que la designación de notario se haga judicialmente, cada parte podrá elegir libremente notario.

El número de notarios, su ubicación y su residencia se determinarán mediante Real Decreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la misma Ley.

En virtud del artículo 50 de la Ley de Ventoso, el notario podrá ejercer su profesión solo o asociado con uno o varios notarios titulares cuya residencia esté situada dentro del mismo distrito judicial, o como miembro de una sociedad profesional de notarios.

De conformidad con la ley, los honorarios de los notarios quedan fijados con arreglo a lo

dispuesto en el Real Decreto de 16 de diciembre de 1950 relativo al baremo de honorarios de los notarios.

Según el artículo 35, apartado 3, de la Ley de Ventoso, para acceder al nombramiento de aspirante a notario en Bélgica, el interesado debe, entre otros requisitos, ser belga.

Las actividades notariales.

Por lo que se refiere a las diferentes funciones que el ordenamiento jurídico belga atribuye a los notarios, consta que su principal misión consiste en la formalización de documentos auténticos. La intervención del notario puede ser obligatoria o facultativa, en función del acto que haya de autenticarse, y a través de la misma el notario constata que se reúnen todos los requisitos legalmente exigibles para la realización del acto, así como la capacidad jurídica y de obrar de las partes.

El artículo 1317 del Código Civil belga —encuadrado en el capítulo VI, con la rúbrica «De la prueba de las obligaciones y de su pago», del título III de dicho Código— define el concepto de documento autenticado como aquel «redactado según las declaraciones de las partes por funcionarios públicos facultados para intervenirlo en el lugar donde fue extendido con arreglo a las solemnidades requeridas».

En virtud del artículo 19 de la Ley de Ventoso, los documentos intervenidos notarialmente serán fehacientes ante los tribunales y gozarán de fuerza ejecutiva en todo el territorio del Reino de Bélgica.

En el artículo 1319 del Código Civil se establece que «el documento autenticado será plenamente fehaciente del acuerdo que en él se consigne para las partes contratantes y sus herederos o causahabientes».

El artículo 1322 del mismo Código dispone que «el documento privado, reconocido por la persona frente a la cual se hace valer o considerado legalmente como reconocido, tendrá para las partes que lo hayan suscrito y para sus herederos y causahabientes el mismo valor probatorio que el documento autenticado».

Según el artículo 516 del Código Judicial belga, «únicamente los huissiers (profesionales que ejercen funciones de agente judicial) estarán facultados, salvo que se disponga lo contrario por ley, para ejecutar las resoluciones judi-

ciales y los documentos o títulos ejecutivos. Los artículos 1395 y 1396 de dicho Código disponen que el juez competente en materia de ejecución forzosa conocerá de todas las demandas relativas a las vías de ejecución. Este mismo juez velará por el cumplimiento de las disposiciones en materia de vías de ejecución. El juez competente en materia de ejecución forzosa podrá, incluso de oficio, ordenar que los oficiales o funcionarios públicos intervinientes o encargados le remitan un informe acerca del estado del procedimiento.

(...)

La Comisión recibió una denuncia relativa al requisito de nacionalidad exigido para el acceso a la profesión de notario en Bélgica. Tras examinar dicha denuncia, la Comisión, mediante escrito de 8 de noviembre de 2000, requirió al Reino de Bélgica para que le presentara en un plazo de dos meses sus observaciones en relación, por una parte, con la conformidad con el artículo 45 CE, párrafo primero, de dicho requisito de nacionalidad, y, por otra parte, con la falta de transposición de la Directiva 89/48 en lo referente a la profesión de notario.

Mediante escrito de 1 de febrero de 2001, el Reino de Bélgica respondió a dicho escrito de requerimiento.

La Comisión remitió a este Estado miembro, el 15 de julio de 2002, un escrito de requerimiento complementario en el que le imputaba haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero, y de la Directiva 89/48.

Dicho Estado miembro respondió a este escrito de requerimiento complementario mediante un escrito fechado el 10 de octubre de 2002.

Al no estimar satisfactorias las alegaciones del Reino de Bélgica, la Comisión remitió a este Estado miembro el 18 de octubre de 2006 un dictamen motivado en el que se declaraba que éste había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero, y de la Directiva 89/48. Dicha institución instó al citado Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento al dictamen motivado en un plazo de dos meses contados a partir de su recepción.

Mediante escrito de 13 de diciembre de 2006, el Reino de Bélgica expuso los motivos

por los que consideraba carente de fundamento la postura adoptada por la Comisión.

En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Mediante su primera imputación, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que, al permitir el acceso a la profesión notarial exclusivamente a sus propios nacionales, el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero.

Dicha institución destaca, a título preliminar, que el acceso a la profesión de notario no está supeditado a ningún requisito de nacionalidad en varios Estados miembros y que este requisito fue suprimido en otros Estados miembros, tales como el Reino de España, la República Italiana y la República Portuguesa.

La Comisión recuerda, en primer lugar, que el artículo 43 CE constituye una de las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión que tiene por objeto garantizar el trato nacional a cualquier ciudadano de un Estado miembro que se establezca, aunque sólo sea con carácter secundario, en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia y que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad.

(...)

Pues bien, en el presente asunto, la legislación nacional controvertida permite el acceso a la profesión de notario exclusivamente a los nacionales belgas, estableciendo de este modo una diferencia de trato por razón de nacionalidad prohibida, en principio, por el artículo 43 CE.

El Reino de Bélgica alega, no obstante, que las actividades notariales quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE, ya que

están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero. Así pues, es necesario, en un primer momento, analizar el alcance del concepto de ejercicio del poder público en el sentido de esta última disposición y, en un segundo momento, comprobar si las actividades encomendadas a los notarios en el ordenamiento jurídico belga encajan en ese concepto.

(...)

En estas circunstancias, debe concluirse que las actividades notariales, tal como se encuentran actualmente definidas por el ordenamiento jurídico belga, no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.

En consecuencia, procede declarar que el requisito de nacionalidad exigido por la normativa belga para acceder a la profesión notarial constituye una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 43 CE.

(...)

A la vista del conjunto de consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario, así como desestimar el recurso en todo lo demás.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) Declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario».

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

FUENTES INTERNAS

- Ley 9/2011, de 10 de mayo (*BOE* del 11), de tasas consulares.
- Resolución de 27 de mayo de 2011 (*BOE* del 31), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se determinan los requisitos y condiciones para la tramitación electrónica y expedición automática de las certificaciones de nacimiento y matrimonio.
- Corrección de errores del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (*BOE* de 18 de junio), 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.

FUENTES INTERNACIONALES

- Instrumento de Ratificación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007 (*BOE* de 30 de abril de 2011).
- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Tailandia sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho en Madrid el 7 de octubre de 2010 (*BOE* de 2 de junio de 2011).
- Acuerdo para el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales entre el Reino de España y la República tunecina, hecho en Madrid el 22 de junio de 2010 (*BOE* de 5 de julio de 2011).
- Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República Federativa de Brasil (*BOE* de 9 de julio de 2011).

FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 (*DOUE*, L 101, del 15), relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.
- Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011 (*DOUE*, L 132, del 19), por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.
- Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 (*DOUE*, L 141, de 27 de mayo), relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

- Reglamento (UE) n.º 493/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 (*DOUE*, L 141, de 27 de mayo), por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 377/2004 del Consejo, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración.
- Decisión del Consejo, de 9 de junio de 2011 (*DOUE*, L 160, del 18), relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen sobre el Sistema de Información de Schengen en el Principado de Liechtenstein.
- Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (*BOE* de 13 de julio de 2011).
- Decisión de ejecución de la Comisión de 1 de julio de 2011 por la que se modifica el Manual Sirene (*DOUE*, L 186, del 15).

EUROPA EN BREVE



INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

NUEVA DIRECTIVA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS Y PROTECCIÓN A VÍCTIMAS

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE han aprobado una nueva Directiva, la 2011/36, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que sustituye a la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI. La presente Directiva reconoce la especificidad a fenómeno de la trata en función del sexo y el hecho de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de trata con diferentes fines. Por este motivo, las medidas de asistencia y apoyo deben ser también diferentes según el sexo, en su caso. Los factores de «disuasión» y «atracción» pueden ser diferentes según los sectores afectados, como la trata de seres humanos en la industria del sexo o con fines de explotación laboral, por ejemplo, en el sector de la construcción, en la agricultura o en el servicio doméstico. La UE está comprometida con la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos, y con la protección de los derechos de sus víctimas. Con este fin, se adoptó la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, y el Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla. Esta nueva Directiva pretende actualizar lo recogido por los actos anteriores. Además, el Programa de Estocolmo — Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, adoptado por el Consejo Europeo, otorga una clara prioridad a la lucha contra la trata de seres humanos. Deben preverse otras medidas, como el apoyo a la elaboración de indicadores generales comunes de la Unión para la identificación de las víctimas de la trata de seres humanos,

(*) Boletín elaborado por la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española en colaboración con la *Délégation des Barreaux de France* y la *Deutscher Anwaltverein*.

mediante el intercambio de buenas prácticas entre todos los participantes, en particular, los servicios sociales públicos y privados.

(18 de abril de 2011)

CREACIÓN DE UN IDENTIFICADOR EUROPEO DE JURISPRUDENCIA (ECLI)

El Consejo de la UE ha hecho públicas unas conclusiones en las que se promueve la creación de un identificador europeo de jurisprudencia (ECLI). Para que exista un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en el que pueda desarrollarse la cooperación judicial no basta el conocimiento del Derecho europeo, sino que también es necesario el conocimiento recíproco de los sistemas jurídicos de otros Estados miembros. El Portal Europeo e-Justicia debería cumplir el objetivo de difundir información acerca de los sistemas jurídicos de la UE y de los Estados miembros y constituir una herramienta útil para los ciudadanos, los profesionales del Derecho y las autoridades de los Estados miembros. No cabe adquirir conocimiento del contenido sustancial y de la aplicación del Derecho de la Unión Europea únicamente a partir de fuentes jurídicas de la UE, sino que debe tenerse en cuenta igualmente la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, tanto de las resoluciones de éstos en las que plantean una cuestión prejudicial como de aquellas que aplican, por su parte, el Derecho de la UE. Gracias al respaldo financiero o a la implicación directa de la Unión Europea, en los últimos años han surgido iniciativas que apoyan los antedichos objetivos, como el motor de metabúsqueda de la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea, las bases de datos Dec.Nat y Jurifast de la Asociación de Consejos de Estado y Tribunales Supremos Administrativos de la Unión Europea, la base de datos JURE (Jurisdicción, Reconocimiento, Ejecución) de la Comisión Europea, EUR-Lex y la base de datos de jurisprudencia de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La utilización de estas iniciativas y el apoyo a éstas han puesto de relieve la necesidad de este tipo de bases de datos, pero la experiencia demuestra que en muchos casos su consulta resulta compleja y difícil de usar. La ECLI establecerá un conjunto mínimo de metadatos uniformes de jurisprudencia, utilizándose para todas las resoluciones de sus órganos jurisdiccionales; los Estados miembros deberían permitir acceder a todas las resoluciones de órganos jurisdiccionales que se publiquen en sitios de Internet de carácter público a partir del conjunto mínimo de metadatos, designando un coordinador ECLI nacional. De la misma manera, el TJUE debería participar en el sistema del identificador europeo de jurisprudencia y la Comisión Europea debería crear la sede electrónica del ECLI, como parte del portal «European e-Justice».

(2 de mayo de 2011)

PLENOS DERECHOS PARA LOS TRABAJADORES DE LOS ÚLTIMOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

La Comisión Europea ha recordado que desde el pasado 1 de mayo se han suprimido las restricciones al derecho a trabajar en otro Estado miembro a que estaban sujetos los ciudadanos de Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y la Repúbli-

ca Checa. Los trabajadores de los países que ingresaron en la UE en 2004 ya pueden optar libremente a un empleo en los Estados miembros en los que estaban vigentes las restricciones laborales que se les habían impuesto por un período de siete años, que ha finalizado el 30 de abril. La Comisión Europea no espera grandes desplazamientos de trabajadores de esos ocho Estados miembros, dado que muchos de los que anhelaban instalarse para trabajar en uno de los Estados miembros de la UE de los Quince ya lo habían hecho. La experiencia demuestra, y así lo confirman numerosos estudios, que probablemente la movilidad laboral no tendrá sino efectos positivos que fomentarán el crecimiento económico y vendrán a cubrir puestos vacantes del mercado laboral.

(2 de mayo de 2011)

LA COMISIÓN PROPONE UNA MEJOR GESTIÓN DE LA EMIGRACIÓN A LA UE

La Comisión Europea ha presentado la pasada semana iniciativas para crear un planteamiento más estructurado y global que permita a la UE reaccionar rápidamente ante los retos y oportunidades creados por la emigración, en vista de los actuales acontecimientos que se están produciendo en el Mediterráneo, y la tensión surgida entre Francia e Italia. Las iniciativas abarcan varios aspectos de la migración, incluidos la intensificación de los controles fronterizos y la gobernanza Schengen, la culminación del sistema europeo común de asilo, la mejor orientación de la migración legal, el intercambio de mejores prácticas con vistas a la buena integración de los inmigrantes y el desarrollo de un planteamiento estratégico para las relaciones sobre migración con terceros países. Estas iniciativas se suman a las medidas urgentes a corto plazo que ya ha tomado la Comisión para abordar la situación migratoria en el Mediterráneo y las presiones migratorias sobre los Estados miembros fronterizos.

(9 de mayo de 2011)

NUEVA REUNIÓN DE LA RED JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

El CGAE ha participado en la XXXV Reunión de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, celebrada hoy martes, 17 de mayo, en Bruselas. El CGAE, en su segunda participación en esta reunión, tras la apertura de la Red a las profesiones jurídicas, ha formado parte de la Delegación española, junto con representantes del Ministerio de Justicia, jueces, secretarios judiciales y procuradores. En otros puntos se han abordado temas como el lanzamiento de la Guía Práctica sobre la Orden de Pago europea; los trabajos del grupo sobre mediación familiar; el análisis del artículo 70 del Reglamento 4/2009 sobre obligación de alimentos, y el reconocimiento, nuevamente, de la participación de las profesiones jurídicas en la Red. Asimismo, se ha analizado en profundidad el procedimiento europeo de escasa cuantía, presentándose el proyecto conjunto de varios Estados miembros sobre la puesta en marcha de dicho procedimiento *on line* (a través del proyecto de mayor envergadura eCodex). A este respecto, la Comisión Europea ha presentado los trabajos conducentes a la puesta en marcha de formularios interactivos sobre este procedimiento. Los

representantes de la Comisión han comentado igualmente la poca aplicación del procedimiento, así como su desconocimiento por parte de los ciudadanos y de los responsables de ponerlo en funcionamiento.

(16 de mayo de 2011)

CONSEJO JAI

Los Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la UE se reunieron la pasada semana en Bruselas, en Consejo JAI, para debatir, principalmente, la política de vecindad e inmigración a la luz de la actualidad de los países limítrofes con la UE por el Sur. En este sentido, el Consejo ha tomado en consideración las conclusiones adoptadas en la Comunicación de la Comisión Europea sobre migración, del pasado 4 de mayo. El Consejo JAI también ha intercambiado puntos de vista con la CE sobre la evaluación de la estrategia de la UE para acuerdos de readmisión con terceros países, publicada en febrero de este año. Asimismo, el Consejo JAI ha tomado nota de la presentación de la CE sobre la directiva de conservación de datos, publicada en abril de 2001. Por último, a petición de Bélgica, y a la luz de los accidentes nucleares en Japón, el Consejo ha sido informado por la CE sobre la situación actual en Japón, intercambiando opiniones sobre la capacidad de la UE de hacer frente a desastres nucleares a través del Mecanismo Europeo de Protección Civil.

(16 de mayo de 2011)

LA COMISIÓN EUROPEA GARANTIZA MAYOR PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE LA DELINCUENCIA

La Comisión Europea ha propuesto un paquete de medidas para garantizar un nivel mínimo de derechos, apoyo y protección a las víctimas en toda la UE, independientemente de su procedencia o lugar de residencia. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE tiene competencias explícitas para legislar sobre los derechos de las víctimas de la delincuencia. Uno de los principios fundacionales de la UE es que las personas han de ser tratadas sin discriminación alguna en todos los países de la UE. Este principio se vio ratificado por el histórico asunto *Cowan c. Trésor public*, en el que el TJUE sentenció en 1989 que las víctimas tienen derecho a indemnizaciones independientemente de su nacionalidad. Tanto si una persona ha sufrido un robo como si ha resultado herida en un atentado terrorista, todas las víctimas han de ser tratadas con respeto, han de recibir protección y apoyo y han de poder acceder a la justicia. Pero las leyes vigentes en los distintos países de la UE son desiguales y no siempre responden a estas necesidades básicas. Independientemente del delito que hayan sufrido (robo en la calle, en casa, agresión, violación, acoso, delitos provocados por la intolerancia, atentado terrorista o trata de personas), todas las víctimas comparten las mismas necesidades básicas: que se les reconozca como víctimas y se les trate con respeto y dignidad, recibir protección y apoyo a su integridad física y sus propiedades y tener acceso a la justicia y a las indemnizaciones. La Comisión quiere asegurarse de que estas necesidades se cubren mejor. Las propuestas reforzarán las medidas nacionales existentes con normas mínimas a nivel de toda la UE, de forma que toda víctima

pueda contar con el mismo nivel básico de derechos, independientemente de su nacionalidad y de dónde se cometa el delito en la UE.

(23 de mayo de 2011)

UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN CREÍBLE, JUSTA Y EFICAZ

La Comisión Europea, a través de su Dirección General de Asuntos Interiores, propone un paquete de medidas encaminadas a gestionar mejor los flujos migratorios del Sur del Mediterráneo y la introducción de ciertas modificaciones en el Reglamento de Visado, todo ello para asegurar que el uso del visado no sea abusivo. El mencionado paquete de medidas de la Comisión se compone de tres elementos: (i) una Comunicación sobre un «Diálogo para la inmigración, movilidad y seguridad con los países del Sur del Mediterráneo», para establecer una cooperación en materia de movilidad entre la UE y los países norteafricanos; (ii) el Informe Anual sobre la Inmigración y el Asilo (2010), que pone de relieve los principales logros obtenidos a nivel europeo y nacional en materia de migración el año pasado; (iii) una Propuesta para modificar el Reglamento 539/2001, mediante la introducción de una cláusula de salvaguardia, que permita, bajo condiciones excepcionales, la reintroducción temporal del requerimiento de visado en caso de ciudadanos de terceros países. Las iniciativas descritas anteriormente representan el primer paso dado tras la Comunicación sobre la Migración de 4 de mayo de 2011, y serán discutidas correlativamente en el marco de la próxima reunión de la DG de Justicia y Asuntos Internos del próximo 9 de junio de 2011, así como representarán las bases para la discusión sobre las políticas europeas de asilo e inmigración que se va a celebrar el 24 de junio de 2011 en Bruselas entre los Jefes de Estado y de Gobierno, en la reunión del Consejo Europeo.

(23 de mayo de 2011)

NUEVO REGLAMENTO SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES DENTRO DE LA UNIÓN

La Comisión Europea ha decidido codificar las diversas modificaciones que ha sufrido el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en el nuevo Reglamento (UE) 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores. La libre circulación de trabajadores dentro de la Unión debe quedar asegurada. La realización de este objetivo supone la abolición, entre los trabajadores de los Estados miembros, de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo, así como al derecho de estos trabajadores a desplazarse libremente dentro de la Unión para ejercer una actividad asalariada, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. La libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia. La movilidad de la mano de obra en la Unión debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a

satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros. Conviene afirmar el derecho de todos los trabajadores de los Estados miembros a ejercer la actividad de su elección dentro de la Unión.

(30 de mayo de 2011)

MÁS PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PARA LAS PERSONAS QUE SOLICITEN PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La Comisión Europea prosigue sus trabajos para finalizar antes de 2012 el Sistema Común Europeo de Asilo (SECA). Las propuestas modificadas sobre las Directivas relativas a las condiciones de acogida y los procedimientos de asilo garantizarán una normativa más ágil, equitativa y eficiente que beneficiará a los Estados miembros y a las personas que soliciten protección internacional. Las propuestas recogen la experiencia adquirida en años de negociaciones en el Consejo de Ministros de la UE y en el Parlamento Europeo, así como en consultas con asociaciones de refugiados y con la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UNCHR). Ahora deben avanzar las negociaciones sobre los demás elementos del «paquete legislativo de asilo». Las iniciativas actuales se orientan a lograr procedimientos eficientes y equitativos y a garantizar condiciones de acogidas adecuadas y comparables en toda la Unión. Las primeras propuestas de modificación de la Directiva sobre Condiciones de Acogida las hizo la Comisión en diciembre de 2008 y las de Procedimientos de Asilo, en octubre de 2009. Las propuestas modificadas que se presentan hoy tienen en cuenta el progreso realizado durante las negociaciones entre el Parlamento Europeo y el Consejo y durante las consultas con otras partes interesadas (como el UNHCR y las ONG). Las 2 propuestas se presentarán el 9 de junio en el Consejo de Justicia e Interior, y seguirán discutiéndose bajo Presidencia polaca. Para convertirse en actos legislativos necesitarán el apoyo del Parlamento Europeo y de una mayoría cualificada de Estados miembros.

(6 de junio de 2011)

LIBRO VERDE SOBRE LA DETENCIÓN EN EL ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA

La Dirección General de Justicia de la Comisión Europea ha lanzado un Libro Verde sobre la detención en el Espacio Europeo de Justicia. El Libro Verde lleva aparejada una consulta pública que permitirá explorar con mayor profundidad los vínculos que existen entre las cuestiones derivadas de la detención y la confianza mutua de los Estados miembros dentro del Espacio Europeo de Justicia. Las condiciones de detención pueden influir directamente en el buen funcionamiento del reconocimiento mutuo de sentencias, que es la base de la cooperación judicial en la UE. Los ciudadanos europeos deben poder tener asegurado un tratamiento similar gracias a normas parecidas en todos los Estados miembros. La consulta pública, dirigida a todos los profesionales del Derecho, funcionarios de prisiones y resto de administraciones nacionales, ONGs, y cualquier persona que se interese en las cuestiones de detención, permanecerá abierta hasta el 30.11.2011.

(13 de junio de 2011)

FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UE

El Consejo de la Unión Europea está estudiando las modificaciones propuestas del Reglamento Frontex (agencia de fronteras exteriores de la UE), cuya finalidad es mejorar el funcionamiento de la Agencia. La pasada semana, los ministros debatieron las cuestiones pendientes con objeto de llegar a un acuerdo con el Parlamento Europeo en torno al Reglamento modificado. La propuesta se inscribe en el objetivo de la UE de elaborar una política global de migración europea basada en la solidaridad y la responsabilidad. Las modificaciones del Reglamento Frontex fueron propuestas a comienzos de 2010, pero los recientes acontecimientos en los países vecinos del Sur y los movimientos migratorios a que han dado lugar han acentuado la necesidad examinar y adoptar con celeridad esas nuevas normas. Las negociaciones con el Parlamento Europeo se iniciaron en abril de este año.

(13 de junio de 2011)

ESTUDIO SOBRE MENORES QUE VIAJEN SOLOS O ACOMPAÑADOS

La Dirección General de Interior de la Comisión Europea ha lanzado un anuncio de licitación para la realización de un Estudio sobre los requisitos específicos para menores que viajen solos o acompañados, que entren o salgan legalmente de los Estados miembros/países asociados (Ref. 2011/S 106-172800). El presente estudio tiene cuatro objetivos: por un lado, obtener un inventario claro y exhaustivo, detallando las condiciones y los requisitos legales en los 31 Estados miembros y los países asociados en el marco de los cuales los menores de la Unión Europea/países asociados [tanto solos como acompañados, pero limitados a aspectos relacionados específicamente con su condición de menores (véase el apartado I.5)] salen y entran legalmente de un Estado miembro/país asociado; por otro lado, obtener una visión general de los requisitos y condiciones legales en el marco de los cuales un menor nacional de un tercer país, tanto solo como acompañado, puede salir o entrar legalmente de los 31 Estados miembros/países asociados; además como tercer objetivo se pretende identificar la manera en que los requisitos para los menores de las dos categorías anteriores se ponen en marcha operativamente y señalar cualquier ámbito de diferencias/problemas importantes a través de un número seleccionado de Estados miembros/países asociados. El último objetivo tiene como fin identificar las mejores prácticas y señalar los ámbitos donde se podrían desarrollar mejoras para un enfoque común de normas sobre la protección de los menores que entren o salgan de los Estados miembros/países asociados en los puntos fronterizos. Plazo límite para la recepción de candidaturas es el 18.7.2011 – 16h.

(13 de junio de 2011)

LA OFICINA EUROPEA DE APOYO AL ASILO ES YA PLENAMENTE OPERATIVA

La Comisaria Europea de Asuntos de Interior, Cecilia Malmström, ha participado en la ceremonia inaugural de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) en La Valeta (Malta).

La nueva Oficina, que emprendió su andadura en noviembre de 2010, fecha en la que inició parte de sus actividades, es desde el pasado domingo 19 de junio plenamente operativa. La creación de la OEAA obedeció a la necesidad de facilitar la cooperación práctica en materia de asilo y de ayudar a los Estados miembros a cumplir sus obligaciones europeas e internacionales para proteger a las personas necesitadas. El Consejo de Administración de la OEAA se reúne esta semana, y el Director Ejecutivo, Rob Visser, aprovechará la ocasión para presentar la situación en lo tocante a la ejecución del programa de trabajo de la Agencia para 2011 y proponer las líneas maestras del programa de trabajo para 2012. La Comisión Europea ha venido prestando un respaldo vital a la OEAA, en particular, poniendo a su disposición recursos humanos, pericia y apoyo logístico y para la contratación de personal y seguirá haciendo todo lo que esté en su mano para que la Oficina pueda alcanzar rápidamente su velocidad de crucero.

(20 de junio de 2011)

LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE ABOGADOS NO EXCLUYE LA INSCRIPCIÓN EN EL COLEGIO DE ABOGADOS DE DESTINO

El Tribunal de Justicia de la UE hizo pública su sentencia respecto al caso Ebert (C-359/09) en febrero de este año, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Metropolitano de Apelación de Budapest (Hungría), que intentaba resolver un litigio entre un abogado alemán, Sr. Ebert, colegiado en Düsseldorf (Alemania) y el Colegio de Abogados de Budapest. El demandante reclamaba que Hungría no había transpuesto la Directiva 89/48/CEE de reconocimiento de título de enseñanza superior y que por tanto estaba capacitado para usar el título de abogado húngaro (*ügyvéd*), a pesar de no estar registrado en ningún Colegio de Abogados. El TJUE establece en su sentencia que la Directiva 98/5/CE determina que un abogado de un Estado miembro puede establecerse como profesional colegiado en otro Estado miembro, con su título de origen. De la misma manera, el TJUE añade que ninguna de las Directivas mencionadas (la 89/48/CEE y la 98/5/CE) se oponen a la aplicación y desarrollo de normativas nacionales (de tipo deontológico, organizativas o de responsabilidad), con la condición de que la aplicación de estas normas nacionales sea conforme al Derecho de la UE, particularmente en lo relativo al principio de no discriminación.

(27 de junio de 2011)

LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE NO PUEDEN RESERVAR LA PROFESIÓN NOTARIAL A SUS NACIONALES

El TJUE dictó el pasado mes de mayo sentencia en varios asuntos acumulados de la Comisión Europea contra Bélgica, Francia, Luxemburgo, Austria, Alemania, Grecia y Portugal. La Comisión Europea interpuso sendos recursos por incumplimiento contra estos 6 Estados miembros por considerar que el hecho de que éstos permitieran únicamente el acceso a la profesión notarial exclusivamente a sus propios nacionales era constitutivo de una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el Tratado CE. Asimismo, la

Comisión imputaba a Portugal y a los Estados mencionados, con excepción de Francia, no aplicar a los notarios la Directiva 89/48/CEE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. La principal cuestión abordada en los diferentes asuntos ha consistido en determinar si las actividades propias de la profesión de notario están relacionadas o no con el ejercicio del poder público en el sentido del Tratado CE, ya que éste dispone que las actividades que estén relacionadas con el ejercicio del poder público quedan excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento. El TJUE precisa en sus sentencias que los recursos de la Comisión se refieren únicamente al requisito de nacionalidad exigido por las normativas nacionales en cuestión para acceder a la profesión de notario y no guardan relación con la organización del notariado. Así pues, el TJUE analiza las competencias que éstos tienen atribuidas en los Estados miembros en cuestión y recuerda que únicamente las actividades que estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público pueden sustraerse a la aplicación del principio de libertad de establecimiento. A este respecto, el TJUE señala que la función de autenticación atribuida a los notarios no está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público. El hecho de que determinados actos o contratos deban autenticarse obligatoriamente bajo pena de nulidad no desvirtúa esta conclusión, ya que no es infrecuente que la validez de diferentes actos esté supeditada a requisitos de forma o incluso a procedimientos obligatorios de validación. Por lo tanto, el TJUE considera que las actividades notariales no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 del Tratado CE. En consecuencia, el requisito de nacionalidad exigido por la normativa de dichos Estados para acceder a la profesión notarial constituye una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el Tratado CE. Asimismo, el TJUE declara que, habida cuenta de las circunstancias particulares presentes en el proceso legislativo, se producía una situación de incertidumbre en la Unión en cuanto a la existencia de una obligación clara que impusiera a los Estados miembros la transposición de la Directiva de reconocimiento de cualificaciones profesionales respecto de la profesión de notario, decidiendo finalmente desestimar la pretensión de que se declare que los Estados miembros habían incumplido las obligaciones que para ellos se derivan de esta Directiva.

(27 de junio de 2011)

EL PE SE OPONE A LA REINTRODUCCIÓN DE CONTROLES FRONTERIZOS

El Parlamento Europeo ha subrayado recientemente que la afluencia de migrantes y solicitantes de asilo no puede justificar en ningún caso el restablecimiento de los controles fronterizos en el espacio Schengen. En una resolución aprobada por el pleno la pasada semana en Estrasburgo (Francia), los eurodiputados reclaman más solidaridad con los países que se enfrentan a un mayor flujo de migrantes y exigen la aplicación de sanciones en caso de que se ponga en peligro la seguridad del espacio sin fronteras interiores. La resolución lamenta enormemente el intento por parte de varios Estados miembros de reintroducir controles en sus fronteras y reafirma su «firme oposición a cualquier nuevo mecanismo de Schengen que tenga otros objetivos que no sean aumentar la libertad de circulación y reforzar la gobernanza de la UE en el espacio de Schengen». El PE insiste en que el actual código de fronteras Schengen contempla la posibilidad de reintroducir

los controles en las fronteras interiores cuando exista una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior, lo que no incluye «bajo ningún motivo» a los flujos de migración y de personas que buscan asilo. Los europarlamentarios piden así a la Comisión Europea que presente en septiembre de este año una propuesta que defina la «estricta aplicación» de Schengen por parte de los Estados miembros y rechaza que se añadan nuevas excepciones al cumplimiento de la norma, ya que considera que esto no reforzará de ninguna manera el sistema Schengen.

(11 de julio de 2011)

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

La *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* en su número 25, correspondiente al tercer cuatrimestre de 2010, publicó el artículo «Aproximación a la actividad consular de España en el extranjero», como atribuido a David Querol Sánchez.

Posteriormente, la Dirección de la Revista ha podido constatar que el artículo es una reproducción prácticamente exacta de la ponencia impartida por el diplomático Xavier Martí Martí, en el marco del curso «Actualidad de la política exterior española», organizado, entre el 12 y el 22 de abril de 2010, por el Centro de Estudios Internacionales (CEI) de la Universitat de Barcelona y la Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y que fue publicada más tarde, en fecha 21 de junio de 2011, en el número 21 de la Revista Electrónica de Estudios Internacionales (www.reei.org).

La Dirección de la Revista reprueba profundamente el plagio cometido por parte de David Querol Sánchez —que constituye un acto deshonesto y contrario a la ética de cualquier investigador— y condena enérgicamente cualquier intento de apropiarse indebidamente de la propiedad intelectual de otra persona. Asimismo, comunica que ha emprendido las oportunas acciones para resarcir el daño que tales hechos han originado a Editorial Lex Nova y a la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*.

I. SUCESIÓN DE ESTADOS Y NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS: EL CASO DE MONTENEGRO

MARÍA BELÉN OLMOS GIUPPONI ⁽¹⁾

*Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Profesora contratada
Universidad Rey Juan Carlos*

RESUMEN

Sucesión de Estados y nacionalidad de las personas físicas: El caso de Montenegro

Luego del referéndum sobre la separación de Serbia y la declaración de independencia en 2006, Montenegro reapareció en la Comunidad Internacional como Estado independiente. En el contexto de la sucesión de Estados, Montenegro ha adoptado una nueva legislación sobre la nacionalidad, la cual regula los diversos supuestos de acceso a la nacionalidad, tratando de resolver los conflictos que pudieran surgir a raíz de la sucesión. Asimismo, Montenegro está reforzando la protección de las minorías y solucionando los problemas de apatridia existentes, en vistas de su posible incorporación como Estado miembro de la Unión Europea.

Palabras clave: Nacionalidad de las personas físicas, sucesión de Estados, Montenegro, ciudadanía de la Unión y admisión, apatridia.

ABSTRACT

States succession and citizenship: The case of Montenegro

After the referendum on the separation from Serbia and the declaration of independence in 2006, Montenegro reappeared in the international community as an independent state. In the context of State succession, Montenegro has adopted a new law on citizenship. The new citizenship law includes various principles governing access to nationality, trying to resolve conflicts that may arise from the state succession. At the same time, Montenegro is reinforcing the protection of minorities and solving remaining stateless questions, with a view to its possible inclusion as a member state in the European Union.

Key words: Citizenship laws, states succession, Montenegro, EU citizenship and accession, stateless.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y MODIFICACIONES TERRITORIALES DE LOS ESTADOS.

(1) La autora desea expresar su agradecimiento al Prof. Dr. Fernando Mariño Menéndez (Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Carlos III de Madrid) quien, en el período 2005-2006, me brindó su inestimable apoyo académico cuando comencé a investigar la cuestión de la nacionalidad de las personas físicas en la sucesión de Estados. Asimismo, deseo expresar mi reconocimiento al Prof. Dr. Rainer Bauböck (Instituto Universitario Europeo-Florenia) co-Director del Proyecto EUDO-Citizenship, quien enriqueció mi formación a través de los debates sobre nacionalidad desde una perspectiva interdisciplinaria en el seno del *Migration Working Group*.

- III. LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN EL CASO DE MONTENEGRO.
 - IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NACIONALIDAD: ETNIA Y NACIÓN EN EL CASO DE MONTENEGRO.
 - V. LA LEGISLACIÓN INTERNA SOBRE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD Y LA ADHESIÓN POR PARTE DE MONTENEGRO A LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EN LA MATERIA.
 - 1. **Adquisición de la nacionalidad montenegrina por origen.**
 - 2. **Adquisición de la nacionalidad montenegrina por naturalización.**
 - 3. **Naturalización de los ciudadanos de los Estados sucesores de la ex Yugoslavia.**
 - VI. NACIONALIDAD MONTENEGRINA, APATRIDIA Y CIUDADANÍA EUROPEA.
 - VII. REFLEXIONES FINALES.
 - VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.
-

I. INTRODUCCIÓN

Los efectos de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas físicas han sido ampliamente tratados por la doctrina jurídica internacional, la cual ha procurado contribuir al estudio de los casos que se observan en la práctica internacional pasada y reciente. A nivel multilateral, los trabajos de codificación llevados a cabo en el seno de Naciones Unidas han desembocado en la adopción de la Resolución 55/153, Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, aprobada por la Asamblea General en 2001, la que ha operado la sistematización de las normas consuetudinarias aplicables a tales supuestos.

Montenegro, el último de los Estados que conformaban la ex Yugoslavia, proclamó su independencia el 3 de junio de 2006, tras la realización de un referéndum el 21 de mayo de 2006 mediante el cual la población montenegrina optó por la separación de Serbia. Como consecuencia de dichos eventos, Montenegro volvió a reaparecer como Estado independiente en la Comunidad Internacional, dando lugar a una nueva sucesión de Estados.

En el contexto de dicha sucesión, y con posterioridad a la declaración de independencia, Montenegro adoptó una nueva ley de nacionalidad en la cual se regulan los criterios para la adquisición de nacionalidad montenegrina, así como también, se tratan de resolver los posibles conflictos relativos a la nacionalidad de las personas físicas ocasionados por la sucesión. Uno de los principales inconvenientes en el proceso de sucesión en esta materia lo constituye la existencia de varios casos de apatridia, la cual afecta, en particular, a minorías y refugiados asentados en Montenegro a raíz del conflicto de Kosovo.

En los últimos años, Montenegro ha avanzado en el proceso de negociaciones para convertirse en Estado miembro de la Unión Europea⁽²⁾. De esta manera, en diciembre de

(2) Montenegro presentó su solicitud de adhesión a la Unión Europea el 15 de diciembre de 2008. El 23 de abril de 2009, el Consejo de la Unión Europea instó a la Comisión a emitir un dictamen al respecto. El Acuerdo de Estabilización y Asociación firmado por Montenegro entró en vigor en mayo de 2010.

2010 Montenegro fue aceptado por el Consejo Europeo como candidato al considerar que había demostrado un cumplimiento adecuado de los denominados criterios de Copenhague, entre los que se indica la necesidad de contar con un Estado de Derecho democrático y estable, en el que se garantice el respeto de los derechos humanos y la protección de las minorías⁽³⁾. A la luz de dicho proceso de admisión en la Unión Europea, resulta también crucial para Montenegro determinar un adecuado grado de protección de las personas pertenecientes a minorías.

En el artículo se analizan los efectos de la sucesión de Estados en la nacionalidad de las personas físicas en el caso de Montenegro a la luz de los criterios de concesión y pérdida de la nacionalidad establecidos en los últimos años, haciendo hincapié en las acciones encaaminadas a evitar la apatridia y garantizar la protección de los derechos de ciertos grupos minoritarios especialmente vulnerables.

II. NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y MODIFICACIONES TERRITORIALES DE LOS ESTADOS

Las diversas tipologías de alteraciones territoriales que sufren Estados conllevan indisolublemente efectos para la nacionalidad de las personas físicas residentes en el territorio de los Estados en cuestión. De acuerdo con la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados de 1978 y la Resolución 55/153 de 2001, por «sucesión de Estados» se entiende «la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio»⁽⁴⁾. A su vez, la Convención Europea sobre Nacionalidad de 14 de mayo de 1997, elaborada en el seno del Consejo de Europa define la nacionalidad como «el vínculo jurídico entre una persona y un Estado», sin que ello pueda considerarse la atribución de origen étnico alguno. La Resolución 55/153, determina asimismo la importancia de la «fecha crítica» en la sucesión de Estados, en el supuesto de Montenegro dicha fecha crítica estaría representada por la declaración de independencia de 3 de junio de 2006.

La cuestión de los efectos de la sucesión de Estados en la nacionalidad de las personas físicas ha experimentado una evolución importante en los últimos años. Los dos principales cambios han estado representados, por una parte, por el reconocimiento y protección del derecho a la nacionalidad en el derecho internacional de los derechos humanos, y, por

(3) Véase *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Dictamen de la Comisión sobre la solicitud de adhesión de Montenegro a la Unión Europea*. Bruselas, 9 de noviembre de 2010. Cabe recordar que dichos criterios para la admisión de nuevos miembros fueron adoptados en 1993, por el Consejo Europeo en Copenhague y que éstos estipulan que «El ingreso tendrá lugar en cuanto un país asociado pueda asumir las obligaciones de adhesión cuando cumpla con las condiciones económicas y políticas requeridas. La adhesión requiere: —que el país candidato haya alcanzado una estabilidad de instituciones que garantice la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías; —la existencia de una economía de mercado en funcionamiento, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva de las fuerzas del mercado dentro de la Unión; —la capacidad del candidato de asumir las obligaciones de adhesión incluida la observancia de los fines de la Unión Política, Económica y Monetaria».

(4) Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978, artículo 2.b).

otra parte, por la sistematización y codificación emprendida en el seno de la ONU y de otras organizaciones regionales.

En lo que hace al derecho a la nacionalidad, es evidente que los avances en la materia han ido unidos a la afirmación de la nacionalidad como derecho del individuo, aun cuando la competencia sobre nacionalidad continúa en manos del Estado respectivo. Cuando el concepto de nacionalidad se concibió por primera vez, tenía por objeto regular las relaciones entre Estados soberanos⁽⁵⁾. Dicha concepción cambió con el devenir histórico y diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos incluyeron el derecho a la nacionalidad. Tanto la Declaración Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, como la Convención de los Derechos del Niño de 1989, reconocen el derecho a la nacionalidad⁽⁶⁾. En esa misma dirección, cabe mencionar la Convención sobre el estatuto de los apátridas de 28 de septiembre de 1954 y la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 29 de enero de 1957. Haciéndose eco de esta nueva concepción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1984 declaró que la nacionalidad es un derecho inherente a todos los seres humanos, precisando que los modos en que los Estados regulan los asuntos relacionados con la nacionalidad no podían ser considerados dentro de su competencia exclusiva, sino que éstos se incluían dentro de la obligación de garantizar la plena protección de los derechos humanos⁽⁷⁾.

El reconocimiento del derecho fundamental a la nacionalidad como consecuencia inevitable y lógica del desarrollo del derecho internacional, ha supuesto un coto a la acción de los Estados en los casos de sucesión. Pero además el reconocimiento de tal derecho a nivel del derecho internacional de los derechos humanos se ha completado con la aplicación del principio de no discriminación que prohíbe la discriminación en la adquisición, conservación o pérdida de la nacionalidad⁽⁸⁾. En cuanto a la aplicación de este acervo internacional sobre el «derecho a la nacionalidad» en los casos de sucesión de Estados, compartimos la posición de J. SAURA ESTAPÁ cuando afirma que «comporta una obligación clara, en el contexto de la sucesión de Estados, de evitar la apatridia sin discriminación ninguna; (...) esta obligación concierne globalmente al conjunto de Estados implicados en la sucesión, y más particularmente a aquel con el que cada individuo posee unos vínculos más fuertes...»⁽⁹⁾.

En lo que respecta a la labor de codificación, sin lugar a dudas, un aporte decisivo lo constituyó la creación en el ámbito de Naciones Unidas del Grupo sobre la sucesión de Es-

(5) De esta manera, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró en 1923 que la cuestión de la nacionalidad constituía un asunto incluido dentro del dominio reservado de la jurisdicción interna.

(6) Artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

(7) Opinión consultiva n.º 4 (1984). Solicitada por el gobierno de Costa Rica en relación con el proyecto de reforma de artículos de la constitución (14 y 15).

(8) Dicho principio se encuentra expresamente consagrado tanto en la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial como en la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, las que reconocen el derecho a la nacionalidad y prohíben la discriminación por razón de sexo o raza en la adquisición, conservación o pérdida de la nacionalidad.

(9) J. SAURA ESTAPÁ, *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 53.

tados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas. Dicho Grupo de Trabajo ha simplificado el esquema de los diversos supuestos de sucesión de Estados en relación con la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas, identificando los siguientes: secesión y cesión de parte de territorio; disolución del Estado y unificación del Estado⁽¹⁰⁾. La Resolución 55/153 de 2001, sobre *Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados*, afirma el derecho a la nacionalidad, conteniendo toda una serie de criterios y reglas generales que deben respetar los Estados involucrados en la sucesión, tales como la obligación de prevenir la apatridia (artículo 4), el criterio de la unidad de la familia (artículo 12), el respeto del principio de no discriminación (artículo 15), la prohibición de decisiones arbitrarias sobre las cuestiones de nacionalidad (artículo 16) y el respeto de la voluntad de las personas afectadas (artículo 11). A su vez, el Relator Especial sobre el tema de la nacionalidad en los casos de sucesión de Estados designado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Václav Mikulka, en sus informes ha señalado que los poderes del Estado en los casos de sucesión se encuentran limitados, por una parte, por la atribución de competencia sobre nacionalidad entre los diversos Estados y, por otra parte, por la protección de los derechos humanos, la cual debe garantizar para no incurrir en responsabilidad internacional⁽¹¹⁾.

En el ámbito regional europeo, la Convención Europea sobre Nacionalidad de 1997 establece asimismo ciertos principios generales que deben seguir las legislaciones internas de los Estados parte: el del derecho de todo individuo a una nacionalidad, el compromiso de los Estados de evitar la apatridia y la prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad. Hay que añadir que la Convención Europea dispone de una serie de criterios (aplicables subsidiaria o complementariamente, según los casos) para orientar la medidas relativas a la concesión o conservación de la nacionalidad de las personas afectadas en los casos de sucesión de Estados, a saber: 1. El vínculo auténtico y efectivo del individuo con el Estado en cuestión; 2. El lugar de residencia habitual del individuo en el momento de la sucesión; 3. La voluntad del individuo, y 4. El origen territorial del individuo. En la práctica, la aplicación de dichos criterios se ha reducido a dos casos: aplicación del criterio de la residencia y aplicación del criterio del origen territorial.

En el contexto de la sucesión, los Estados (predecesor y sucesor) tienen la obligación de negociar y de resolver los conflictos de nacionalidad de acuerdo con las normas y principios mencionados anteriormente, surgiendo la responsabilidad internacional de éstos ante una actuación en contrario⁽¹²⁾.

En la práctica internacional reciente se han observado varios casos de sucesión de Estados en los que se han arribado a soluciones diferentes en materia de nacionalidad de las

(10) Grupo de trabajo sobre la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas, creado en 1993.

(11) Václav Mikulka, Relator Especial. Primer informe sobre la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas, A/CN.4/467, de 17 de abril de 1995, Segundo Informe (DOC.A/CN.4/474) de 17 de abril de 1996 y Tercer Informe (DOC.A/CN.4/480) de 27 de febrero de 1997. Véase M.I. TORRES CAZORLA, *La sucesión de estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2001, p. 44.

(12) J. SAURA ESTAPÁ, *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, cit., p. 59.

personas físicas. Al producirse la disolución de Yugoslavia, por ejemplo, cada uno de los Estados sucesores debió adoptar una solución particular en materia de nacionalidad. Cabe recordar que en la ex Yugoslavia se reconocía una especie de «nacionalidad secundaria», es decir, el Estado federal permitía a los ciudadanos de los Estados federados tener la «nacionalidad» de tal Estado, pudiendo además identificarse con un determinado grupo étnico. Como J. SAURA ESTAPÁ claramente indica, en este caso «para el Derecho internacional la única nacionalidad relevante es la que vincula al individuo con el sujeto de Derecho internacional, con independencia de los efectos internos que esta nacionalidad pueda comportar y de la posible existencia de situaciones internas comparables a la de nacionalidad»⁽¹³⁾. La mayoría de los Estados sucesores adoptó la decisión de conceder de manera automática la nacionalidad a los ciudadanos de la República Socialista Federativa de Yugoslavia que tuvieran la nacionalidad secundaria antes mencionada⁽¹⁴⁾. Algunos Estados sucesores concedieron, además, el derecho de opción a favor de los residentes en dichas repúblicas en el momento de la disolución del Estado predecesor.

En lo que a Montenegro respecta, se trató de un caso de separación en el que el Estado predecesor sigue existiendo⁽¹⁵⁾. En estos supuestos en los que el Estado predecesor subsiste, la nueva nacionalidad del Estado sucesor puede ocasionar conflictos e incluso por aplicación de las reglas concernientes a la nacionalidad puede conducir a la apatridia. Con frecuencia, se ha recurrido al derecho a la opción de la nacionalidad como manera de resolver los posibles conflictos. En las secciones iv y v se analiza en detalle la solución adoptada por Montenegro con respecto a la nacionalidad.

III. LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN EL CASO DE MONTENEGRO

La República Autónoma de Montenegro (denominación actual) se constituyó como Estado independiente a principios del siglo XX. Con posterioridad, fue una unidad federal de la República Federal de Yugoslavia y, luego de la disolución de ésta, de la unión estatal de Serbia y Montenegro entre 1992 y 2006. Como puede apreciarse, y a diferencia de Kosovo, el territorio de Montenegro existió como Estado independiente con anterioridad a su inclusión en Yugoslavia y luego en Serbia⁽¹⁶⁾.

Durante siglos, Montenegro fue un principado gobernado por una sucesión de dinastías, obteniendo su estatuto internacional como nación independiente en el Congreso de Berlín tras la crisis oriental que tuvo lugar entre los años 1875 y 1878⁽¹⁷⁾. Al término de la

(13) J. SAURA ESTAPÁ, *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, cit., p. 17.

(14) Sin embargo, cabe aclarar que en el caso de Croacia se observó la exigencia de requisitos adicionales para conceder la ciudadanía.

(15) La Resolución 55/153. Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados Sección 4. Separación de parte o partes del territorio. Artículos 24, 25 y 26.

(16) M.B. OLMOS GIUPPONI, «Luces y sombras de una declaración de independencia: El Dictamen de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Kosovo», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 2/2010.

(17) S. MALES' EVIC' y U. GORDANA, «A Nation-state without the nation? The trajectories of nation-formation in Montenegro», *Nations and Nationalism* 13 (4), 2007, pp. 700-701.

Primera Guerra Mundial en 1918, Montenegro fue absorbido por Serbia. Posteriormente este Estado se unificaría con los territorios conformados tras la desintegración del Imperio austrohúngaro, dando origen al Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, conocido a partir de 1929 con el nombre de Reino de Yugoslavia⁽¹⁸⁾. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial dicho reino se convirtió en la República Socialista Federal de Yugoslavia en la que Montenegro permanecería hasta su disolución en 1992. En el contexto de la sucesión de Estados ocurrida a raíz de la disolución, Montenegro fue el único Estado que optó por unirse a Serbia conformando la República Federativa de Yugoslavia hasta 2006.

Luego de la disolución de Yugoslavia, las tendencias existentes en Montenegro se polarizaron. Por una parte, surgieron partidarios de conservar la unión con Serbia distribuidos principalmente en la parte norte del país⁽¹⁹⁾. Por otra parte, en la región de la costa adriática y la capital, Podgorica, varios sectores se mostraron proclives a la independencia de la República.

En el primer referéndum celebrado en 1992, el 95,66% de los votos fue favorable a mantener la unión con la República de Serbia, aun cuando cabe señalar que la participación en dicha votación alcanzó solamente el 66%. La ausencia de una participación masiva se adjudicó al boicot llevado a cabo por quienes no se encontraban conformes con la situación (las minorías católica y musulmana, así como los ciudadanos que apoyaban la independencia). Dichos sectores alegaron que el referéndum se había realizado con pocas garantías democráticas y que el gobierno central había ejercido un control decisivo durante toda la campaña electoral. En 1996, bajo el gobierno de Milo Đukanović, las relaciones entre las dos repúblicas se deterioraron y, como consecuencia, la cúpula política montenegrina adoptó la decisión de establecer una política económica propia, instaurando el marco alemán como moneda oficial (siendo sustituido tiempo después por el euro). En el período siguiente, el gobierno llevó a cabo una serie de medidas destinadas a impedir cualquier tipo de movimiento pro-independentista. Entre ellas, se tomó la decisión de posponer los censos de 2001 y 2003 y la realización del referéndum independentista en varias ocasiones.

En 2002 los gobiernos de los dos entes que conformaban la federación llegaron a un nuevo acuerdo con el propósito de mejorar la cooperación entre ambos. De este modo, la «Federación de Yugoslavia» dio lugar a la denominada «Federación de Serbia y Montenegro». Asimismo, se arribó al acuerdo de posponer la celebración de un posible referéndum hasta 2006, supeditándose a su resultado la definición del nuevo estatuto de la república. Hasta la realización de dicha consulta popular, Montenegro se incluyó dentro del Estado serbio, constituyendo la mencionada Federación.

Finalmente, el 21 de mayo de 2006 (y bajo una estricta observación electoral internacional) se realizó el referéndum para decidir sobre la independencia, solución que fue apoyada por un 55,5% de los votantes. De este modo, el Parlamento de Montenegro declaró su independencia el 3 de junio de 2006, provocando el colapso de la unión estatal con Serbia.

(18) *Ibidem*.

(19) Los partidarios de la unidad jurídica con Serbia se agruparon en el partido «Juntos en Yugoslavia».

Pocos días después de la declaración, Serbia reconoció a Montenegro como Estado independiente, siendo reconocido como tal por la ONU el 29 de junio de 2006⁽²⁰⁾.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NACIONALIDAD: ETNIA Y NACIÓN EN EL CASO DE MONTENEGRO

Es inevitable que, al tratar el tema de la nacionalidad de las personas físicas en el caso de Montenegro, se susciten cuestiones relativas a la existencia de una nación montenegrina embebidas de una connotación étnica importante. Según datos del censo realizado en 2003, la población de Montenegro exhibe la siguiente composición étnica: Montenegrinos: 267.799 (43,16%); Serbios: 198.414 (31,99%); Bosnios: 48.184 (7,77%); Albanos: 31.163 (5,03%); Musulmanes: 24.625 (3,97%); Croatas: 6.811 (1,10%); Gitanos y Egipcios: 2.826 (0,46%)⁽²¹⁾. La política de nacionalidad montenegrina, de modo similar a la del resto de los Estados sucesores de la ex Yugoslavia, ha sido influenciada por las circunstancias políticas en la que fue adoptada.

Si bien desde la perspectiva del Derecho Internacional Público lo relevante son las leyes relativas a la atribución de nacionalidad adoptadas por el Estado y la ratificación por éste de los convenios internacionales que regulan la materia, es importante considerar brevemente la existencia de una «nación montenegrina» como tal. En particular, resulta relevante detenernos en este análisis ya que en el momento del referéndum se observó una polarización clara entre los defensores de la unidad nacional y étnica con Serbia (quienes votaron en contra de la independencia) y aquellos que sostenían la existencia de una nación con particularidades diversas de aquellas de Serbia.

La evolución de la cuestión nacional determinó la formación de dos ideologías nacionales separadas en Montenegro: por un lado, la que percibe a los montenegrinos como pertenecientes a la etnia serbia, y, por otro lado, la que define a los montenegrinos en términos cívicos. Estas trayectorias divergentes sobre la formación de la nación en Montenegro son, de acuerdo a MALESEVIC y GORDANA en gran parte, la consecuencia no deseada de la intensiva construcción del Estado, la modernización cultural y política y, sobre todo, la politización y la institucionalización gradual de la «alta cultura»⁽²²⁾.

Varios autores coinciden en afirmar que la construcción de la nacionalidad montenegrina sólo se consolidó en la era post-comunista⁽²³⁾. En efecto, en la etapa previa (1900-1918) las normas relativas a la relación entre los individuos y el Estado eran escasas y vagas debido a que la organización política de Montenegro era esencialmente tribal y a la ausencia,

(20) Serbia reconoció a Montenegro como Estado independiente el 15 de junio de 2006.

(21) Datos del Censo realizado en 2003, publicados en el periódico *Pobjeda*. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Informe Periódico inicial que los Estados Partes debían presentar en 2007.

(22) S. MALES' EVIC y U. GORDANA, «A Nation-state without the nation? The trajectories of nation-formation in Montenegro», *Nations and Nationalism* 13 (4), 2007, pp. 695-716.

(23) *Ibidem*.

en general, de leyes. El Estatuto de Montenegro⁽²⁴⁾, adoptado en 1905, contenía algunas referencias acerca de las políticas de nacionalidad. De acuerdo con el estatuto, cualquier persona podía adquirir la nacionalidad mediante la realización del servicio militar o el cumplimiento de otros deberes en el Estado. Además, el citado Estatuto regulaba la materia de extranjería, indicando la continuidad del goce de los derechos de los extranjeros, quedando sometidos a las leyes montenegrinas en materia de impuestos siendo, además, protegidos en su persona y propiedad. Otra importante disposición de avanzada contenida en el Estatuto indicaba que las personas sujetas a persecución política podrían gozar en Montenegro del derecho de asilo.

Durante la existencia de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, si bien se establecía que la nacionalidad a efectos de las relaciones internacionales y del derecho internacional era única, se permitía internamente la «ciudadanía» de cualquiera de las repúblicas integrantes. Este tipo de estatus no constituía, como hemos puesto de relieve con anterioridad, nacionalidad en el sentido del derecho internacional.

Luego de la disolución de Yugoslavia, Montenegro como único Estado sucesor de la ex Yugoslavia que optó por permanecer con Serbia formando, como hemos observado, la República Federal de Yugoslavia en 1992, se sometió en un comienzo a la aplicación de la ley de nacionalidad serbia. Dicha ley de nacionalidad fue adoptada a mediados de 1996 bajo el gobierno de Slobodan Milosevic, aplicándose retroactivamente desde la constitución del nuevo Estado. Esta ley sólo establecía una única opción en materia de nacionalidad. Posteriormente, y debido a la creciente tensión con Milosevic provocada por su política netamente expansionista, se produjo una división del montenegrino Partido Socialista Democrático según se apoyase o no la unión con Serbia. Este conflicto político determinó el surgimiento de una reivindicación acerca de un Estado montenegrino independiente y, consecuentemente, de una nacionalidad montenegrina. En ese contexto se adoptaron varias medidas legislativas con el fin de separarse progresivamente de Serbia, entre ellas, la adopción de una ley de nacionalidad en 1999. Esta ley definió otro tipo de nacionalidad denominada «nacionalidad republicana» en oposición con la ley de nacionalidad serbia antes mencionada⁽²⁵⁾.

La situación se modificaría cuando, en 2002, la República Federal de Yugoslavia se transformó en la Unión de Estados Serbia y Montenegro. El ordenamiento constitucional del nuevo Estado determinó que los nacionales de un Estado miembro gozaran de todos los derechos civiles y políticos en el otro Estado, además del derecho de sufragio.

Luego de la separación de Serbia, la ley de nacionalidad adoptada en Montenegro ha tenido como objetivo central la organización política del Estado. En efecto, dos años después del referéndum del 21 de mayo de 2006, se promulgó la nueva ley de nacionalidad montenegrina en 2008, la cual define a la nacionalidad como el vínculo entre individuos y el Estado, dejando de lado el discurso político sobre su naturaleza étnica.

(24) J. DZANKIC, *Country Report: Montenegro*, CITSEE-EUDO Citizenship Observatory, Robert Schuman Center for Advanced Studies, Instituto Universitario Europeo, Florencia, septiembre de 2010.

(25) *Ibidem*.

V. LA LEGISLACIÓN INTERNA SOBRE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD Y LA ADHESIÓN POR PARTE DE MONTENEGRO A LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EN LA MATERIA

La nueva Ley de Nacionalidad de Montenegro⁽²⁶⁾, adoptada en 2008, regula la forma y condiciones de adquisición y pérdida de la nacionalidad montenegrina asentándose en tres pilares:

- la continuidad legal de la nacionalidad;
- la prevención de la apatridia;
- la reducción de los casos de doble nacionalidad.

A su vez, cabe señalar que Montenegro ha ratificado los principales tratados internacionales referidos a la nacionalidad. Así, el 22 de junio de 2010 Montenegro ratificó la Convención del Consejo de Europa sobre la nacionalidad que había firmado el 5 de mayo de 2010⁽²⁷⁾. También el Convenio del Consejo de Europa relativo a la prevención de la apatridia en relación con la sucesión de Estados ha entrado en vigor en 2010⁽²⁸⁾.

El artículo 3 de la Ley establece que «Montenegro no acepta la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 16 de la Convención». Esta cláusula de reserva tiene sus orígenes en la actual Ley de Nacionalidad, que permite la doble nacionalidad sólo bajo condición de reciprocidad. Por otra parte, la legislación permite la doble nacionalidad montenegrina sólo para aquellas personas que hayan adquirido esta condición antes de la Declaración de Independencia de Montenegro de 3 de junio de 2006. Hasta el momento, el único acuerdo bilateral que Montenegro ha firmado ha sido con Macedonia, y este acuerdo sólo se refiere a la doble nacionalidad obtenida antes del 3 junio de 2006.

El 9 de julio de 2010, el Parlamento de Montenegro aprobó la Ley de Reformas y Adiciones a la Ley de Ciudadanía de 2008⁽²⁹⁾. Durante el debate parlamentario, el Ministerio de Integración Europea y la Comisión parlamentaria de asuntos internacionales y de integración europea, subrayaron que si bien los cambios a la Ley de nacionalidad no se requirieron formalmente en el proceso de integración europea, las modificaciones que se introdujeron están en consonancia con la Recomendación n.º R (99) 18 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la prevención y reducción de la apatridia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

(26) Publicada en el Boletín Oficial de Montenegro n.º 13/08 («Official Gazette of Montenegro», Ley de Nacionalidad de Montenegro n.º 13/08).

(27) EUDO CITIZENSHIP/CITSEE, expert Jelena Dzankic, Montenegro ratifies ECN and changes its Citizenship Act.

(28) La ratificación fue precedida por una Ley que se confirma el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, aprobada el 2 de marzo de 2010.

(29) EUDO CITIZENSHIP/CITSEE, expert Jelena Dzankic, Montenegro ratifies ECN and changes its Citizenship Act.

La Ley de Reformas y Adiciones a la Ley de Ciudadanía de 2008 contiene 13 artículos, e introduce varios cambios significativos en el régimen actual de nacionalidad en Montenegro, al mismo tiempo que mantiene su carácter restrictivo. De conformidad con el artículo 45 bis de la Ley de ciudadanía modificada, los cambios tienen efecto inmediato, y las decisiones sobre todos los expedientes de nacionalidad en curso se realizarán en línea con las nuevas disposiciones.

1. Adquisición de la nacionalidad montenegrina por origen

El artículo 6 que define los criterios para la adquisición de la nacionalidad de Montenegro por origen se ha simplificado mediante la adición de la cláusula «a condición de que él o ella [la niña] no tenga la nacionalidad del otro progenitor».

2. Adquisición de la nacionalidad montenegrina por naturalización

Con respecto a la naturalización este procedimiento ha sido «liberalizado» mediante la adición de una nueva disposición⁽³⁰⁾. En concreto, los cambios adoptados estipulan que la renuncia a la nacionalidad de otro Estado (según el artículo 8, apartado 1, punto 2) ya no es necesario en tres casos: si la persona es apátrida, si la persona presenta la prueba de que por la adquisición de la ciudadanía montenegrina él o ella perderá su nacionalidad de origen por fuerza de ley y si la persona no ha podido obtener la liberación de la ciudadanía de origen, porque él o ella no ha completado el servicio militar obligatorio, a condición de que la persona en cuestión afirme que al obtener la ciudadanía montenegrina renuncia a la ciudadanía del Estado de origen.

El artículo 10 relacionado con la naturalización de extranjeros también ha sido complementado por una nueva disposición, por la que se establece que los criterios de lo que constituye una «estancia legal e ininterrumpida» en Montenegro de al menos dos años serán determinados por el Gobierno de Montenegro. La misma disposición, es decir, la referencia al artículo 17, se aplica el artículo 26 (de readmisión a la ciudadanía de Montenegro), para lo cual se requiere un año de «residencia legal e ininterrumpida en Montenegro».

Con respecto a la naturalización de los cónyuges de los ciudadanos de Montenegro, éste ha sido completado por una disposición adicional, que especifica que la condición para la naturalización de los cónyuges (tres años de matrimonio y cinco años de estancia legal e ininterrumpida) se debe cumplir antes de la presentación de la solicitud de adquisición de la nacionalidad de Montenegro⁽³¹⁾. Una disposición totalmente nueva también ha sido consagrada en el artículo 11, y especifica que las mismas condiciones para la naturalización se aplican en caso de que una persona haya estado casada con un ciudadano de Montenegro durante al menos tres años, y el matrimonio se termine por la muerte del cónyuge.

(30) Véase el artículo 8 de la nueva ley montenegrina de nacionalidad, redactado de acuerdo a la última modificación.

(31) Artículo 11 de la ley montenegrina de nacionalidad.

Sobre la naturalización en interés particular del Estado, el artículo 12, se ha complementado con una disposición adicional que otorga la competencia al Ministerio del Interior para naturalizar a las personas a raíz de una propuesta del Presidente de Montenegro, el Primer Ministro o el Presidente del Parlamento.

El artículo 16, que trata acerca de la naturalización de los niños, se ha complementado con una línea, que establece que un niño podrá obtener la nacionalidad de Montenegro «si el niño no tiene la nacionalidad de otro Estado, o si él o ella ha perdido la nacionalidad de otro Estado», a condición de que él o ella cumpla con los demás criterios del artículo 16.

3. Naturalización de los ciudadanos de los Estados sucesores de la ex Yugoslavia

El artículo 41, relativo a la naturalización de los ciudadanos de los Estados sucesores de la ex Yugoslavia, se ha modificado en dos aspectos. En primer lugar, la fecha límite para la presentación de la solicitud de admisión a la ciudadanía de Montenegro (sujeto a las nuevas disposiciones de los artículos 8 y 41) se ha ampliado de tres a cinco años a partir de la fecha de la promulgación de la Ley de ciudadanía. En segundo lugar, la adición del artículo 41 bis hace referencia explícita a las nuevas disposiciones del artículo 8.

Finalmente, cabe señalar que la modificación a la ley de nacionalidad anterior ha introducido algunos cambios relativos al procedimiento de concesión de la nacionalidad. Dado el número de solicitudes recibidas por el Ministerio del Interior y de la Administración Pública, el plazo para llegar a una decisión en casos concretos sobre la naturalización y la pérdida de la ciudadanía de Montenegro se ha ampliado de seis meses a un año a través de la modificación del artículo 26 de la Ley de Ciudadanía. El artículo 36, relativo al Registro electrónico de Ciudadanos, también ha sido modificado⁽³²⁾.

VI. NACIONALIDAD MONTENEGRINA, APATRIDIA Y CIUDADANÍA EUROPEA

Los efectos de la aplicación de la actual ley suscitan algunas cuestiones controvertidas con respecto a los criterios seguidos por la legislación para conceder la nacionalidad y la generación de supuestos de apatridia, en particular, con respecto a la situación de los refugiados y de las personas pertenecientes a minorías.

La Constitución de Montenegro proporciona una base para la protección de los derechos humanos y las libertades básicos en el Estado. De este modo, la Constitución garantiza los derechos humanos y las libertades de todos los ciudadanos, prohíbe todas las formas de discriminación y da prioridad a los instrumentos jurídicos internacionales sobre la legislación interna. Además, Montenegro ha ratificado los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civi-

(32) El género es ahora una categoría necesaria en el Registro. Además, es necesario el consentimiento de las autoridades competentes para los trámites de las solicitudes de ciudadanía montenegrina relacionados con la base de datos.

les y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Con respecto a la participación de Montenegro en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se siguió la práctica de considerar a Montenegro como parte en ella y sus protocolos y se invitó al Estado a acceder al Consejo de Europa. El Comité de Ministros reconoció expresamente el proceso de Montenegro como «sucesión de Estados» en los tratados del Estado predecesor. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en un caso reciente que «debía considerarse que el Convenio había estado continuamente en vigor con respecto a Montenegro desde el 3 de marzo de 2004, entre el 3 de marzo de 2004 y el 6 de junio de 2006, así como posteriormente»⁽³³⁾. Además, Montenegro sucedió a Serbia en el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.

Los diversos informes y estudios llevados a cabo por ACNUR en la zona de los Balcanes, incluyendo a Montenegro, revelan la situación jurídica y fáctica de indefensión (y su evolución a través de los años) en la que se encuentran refugiados y personas pertenecientes a minorías tras la disolución de Yugoslavia y los diversos conflictos ocurridos. En el caso de Montenegro, un número considerable de personas huyó del conflicto de Kosovo en 1999 refugiándose en su territorio, estimándose que en la actualidad aproximadamente 24.000 refugiados de la ex Yugoslavia viven allí. Una parte de dichos refugiados se encuentra constituida por el grupo denominado por sus siglas en inglés como RAE (*Roma people, Ashkaelia and Egyptians*) y descriptos genéricamente como «gitanos»⁽³⁴⁾.

En 2008, y dos años después de la declaración de independencia, este sector de la población permanecía aún en el limbo jurídico de la apatridia, viviendo en campos de refugiados, siendo el mayor de ellos Konik, ubicado en Podgorica. Según lo establecido por ACNUR la principal causa de la apatridia en el caso de Montenegro consiste en la carencia de documentación: aproximadamente un 46% de la población RAE no está inscrita en el registro civil, siendo, por tanto, apátrida y considerándoseles por tal circunstancia como «invisibles»⁽³⁵⁾. Esta situación de apatridia se prolonga durante varias generaciones e impide la plena integración de este grupo en la sociedad montenegrina. Las personas pertenecientes a esta minoría están en clara desventaja, siendo marginados en todas las esferas de la vida incluidas el acceso a la vivienda, la educación, la protección de la salud, la nutrición y la participación en la vida laboral, cultural y política⁽³⁶⁾.

(33) Caso de *Bijelić* c. Serbia y Montenegro, Aplicación n.º 11890/05, Decisión del 28 de abril de 2009, párrafo 69. Original en inglés, la traducción es nuestra. Véase, además, B. E. Brockman-Hawe (2010), *European Court of Human Rights, Bijelic v. Montenegro and Serbia* (Application n.º 19890/05) Judgment of 11 June 2009. *International and Comparative Law Quarterly*, 59, pp 845-867.

(34) ACNUR/UNHCR. *Civil Registration and the Prevention of Statelessness: A Survey of Roma, Ashkaelia and Egyptians in Montenegro Statelessness*, mayo de 2009.

(35) *Ibidem*.

(36) La pobreza crónica e intergeneracional es quizá el principal problema que deben afrontar la mayoría de familias RAE, las que viven por debajo del umbral de la pobreza —las tasas de desempleo son muy altas (43,3%)—. Las familias RAE se enfrentan a casi cinco veces más probabilidades de ser pobres que el promedio del resto de familias

Para combatir tal exclusión y garantizar el respeto de los derechos de estas minorías, Montenegro ha aceptado las obligaciones internacionales para iniciar programas y actividades para procurar la adecuada protección de los derechos de la población RAE y la protección de los derechos adicionales, al tiempo que ha reconocido la situación especialmente vulnerable en la que se encuentran en la sociedad.

Este compromiso se refleja en la adopción de un número de documentos de políticas y estrategias que se han introducido en los últimos años, encaminadas a mejorar la calidad de vida de la población RAE. Entre estas acciones se cuentan la adhesión al Decenio de la Inclusión Romaní, la adopción de la Estrategia para mejorar la situación en Montenegro de las personas RAE, 2008-2012 y la Estrategia para la Reducción de la Pobreza (2007). Los principales desafíos siguen siendo lograr la aplicación plena de la legislación existente y de los documentos de políticas y estrategias para garantizar la inclusión de los refugiados RAE/desplazados y aquellos en riesgo de apatridia.

De cara a la participación de Montenegro como Estado miembro de la Unión Europea, es vital resolver dichas cuestiones para evitar situaciones de discriminación en el futuro. Cabe recordar que solamente aquellas personas que disfrutaban de la nacionalidad de un Estado miembro de la UE pueden ampararse bajo el estatuto de ciudadanía de la Unión⁽³⁷⁾. Por lo demás, y si bien la Unión Europea reconoció al nuevo Estado sin requerir el cumplimiento de un adecuado nivel de protección de los derechos de las minorías, después del reconocimiento tanto la UE como el Consejo de Europa han ejercido una presión constante en Montenegro requiriendo el cumplimiento de ciertos estándares de protección de los derechos de las minorías como condición para ser admitido como Estado miembro en ambas organizaciones⁽³⁸⁾. En este sentido, es importante recordar que entre los «criterios de Copenhague» el Consejo Europeo concluyó lo siguiente: «La adhesión requiere: que el país candidato haya alcanzado una estabilidad de instituciones que garantice la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y *el respeto y protección de las minorías*».

VII. REFLEXIONES FINALES

El caso de Montenegro refleja, por una parte, la vigencia de todas las cuestiones vinculadas a la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas en la sucesión de Estados. Por otra parte, representa un caso particular en dicho contexto, por las singularidades de la propia historia montenegrina y por las diversas configuraciones jurídicas por las que el territorio ha atravesado desde inicios de 1900 hasta 2006. Se da, también, la particular circunstancia de que el territorio de Montenegro haya participado en dos sucesiones de Estados en los últimos veinte años.

de Montenegro. Una de las consecuencias de la pobreza y de la marginación social es la relativamente alta incidencia del fenómeno del trabajo infantil. ACNUR/UNHCR. Civil Registration and the Prevention of Statelessness: A Survey of Roma, Ashkaelia and Egyptians in Montenegro Statelessness, mayo de 2009.

(37) Por otra parte, Montenegro ha liberalizado la concesión de visados para nacionales de los Estados partes en Schengen desde el 19 de diciembre de 2009.

(38) Dentro de los criterios de admisión, la Comisión Europea ha formulado la Recomendación 1201 acerca de la adopción de la Directiva de la UE 43/2000 sobre no-discriminación.

En cuanto a la adopción de la nueva normativa sobre la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas en el proceso de separación de Montenegro de Serbia, la solución adoptada comparte algunas características similares a las observadas en los otros casos de Estados sucesores de la ex Yugoslavia, reconociéndose también el derecho de opción.

En el contexto actual, la protección de las minorías sigue siendo una cuestión pendiente. En vistas de la incorporación de Montenegro como Estado miembro de la Unión Europea, se debe dar una respuesta a la situación de los grupos minoritarios y no integrados en la sociedad a fin de garantizar un nivel de protección adecuado para ellos. Pero, además, el establecimiento de un régimen apropiado para la protección de las minorías resulta esencial para consolidar la legitimidad del Estado sucesor.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Libros y artículos

- ANDALUZ, H. (2007), «El derecho de la sucesión de Estados, International Law» *Revista Colombiana de derecho Internacional*, n.º 9, pp. 395-452.
- BAUBÖCK, R. (ed.) (2009), *Citizenship policies in the New Europe*, Amsterdam University Press, Amsterdam.
- Ed. (2006), *Acquisition and loss of nationality: policies and trends in 15 European countries*, Amsterdam University Press, Amsterdam.
- BERKES, A. (2009), *States succession and minority rights: A case study of the dissolution of the former Yugoslavia*, Central European University.
- BLANC ALTEMIR, A. (2004), *La herencia soviética. La Comunidad de Estados Independientes y los problemas sucesorios*, Editorial Tecnos, Madrid.
- CRAVEN, M.C.R. (1998), «The problem of state succession and the identity of states under International law», *European Journal of International Law*, *Eur J Int Law*, 9 (1), pp. 142-162.
- CROSS, SH. & KOMNENICH, P. (2005), «Ethnonational Identity, Security and the Implosion of Yugoslavia: The Case of Montenegro and the Relationship with Serbia», *Nationalities Papers*, Vol. 33, n.º 1, March 2005.
- DZANKIC, J. (2010), *Country Report: Montenegro*, CITSEE-EUDO Citizenship Observatory, Robert Schuman Center for Advanced Studies, Instituto Universitario Europeo, Florencia, septiembre de 2010.
- (2010), «Lineages of Citizenship in Montenegro, 2010/14», disponible en <http://www.law.ed.ac.uk/file_download/series/.pdf>.
- FAWN, R. (2008), «The Kosovo and Montenegro effect», *International Affairs* 84: 2, pp. 269-294.
- HASANI, E. (2007), «The Evolution of the Succession Process in Former Yugoslavia Enver Hasani», *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 4 (2007), n.º 2, pp. 12-37.
- LIEBICH, A. (2005), «Alteinländer or the vicissitudes of citizenship in the new EU states», KMI Working Paper Series, *Working Paper*, n.º 5, Kommission für Migrations- und Integrationsforschung Commission for Migration and Integration Research- Österreichische Akademie der Wissenschaften, Wien.

- MALESĆ EVIĆ, S. y GORDANA U. (2007), «A Nation-state without the nation? The trajectories of nation-formation in Montenegro», *Nations and Nationalism* 13 (4), 2007, pp. 695-716.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional Público (Parte General)*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 141-146.
- EBENROTH, C.Th. & KEMNER, M.J. (1996), «The enduring political nature of questions of State succession and secession and the quest for objective standards», 17 *U.Pa.J.Int'l Econ.L.*, pp. 753-819.
- MULLERSON, R. (1993), The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former Ussr and Yugoslavia. *International and Comparative Law Quarterly*, 42, pp 473-493 doi:10.1093/iclqaj/42.3.473.
- SHAW, J. & ŠTIKS, I. (2010), «The Europeanisation of Citizenship in the Successor States of the Former Yugoslavia: an introduction», *Working Paper* 2010/01.
- STAHN, C. (2002), «The Agreement on Succession Issues of the Former Socialist Federal Republic of Yugoslavia», *The American Journal of International Law*, Vol. 96, n.º 2 (Apr., 2002), pp. 379-397.
- SAENZ DE SANTA MARÍA, M.P. (1993), «Problemas actuales de la sucesión de Estados», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, pp.66-71.
- SAURA ESTAPÁ, J. (1998), *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Marcial Pons, Madrid.
- TORRES CAZORLA, M.I. (2001), *La sucesión de estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga.

2. Documentación

- ACNUR/UNHCR. Civil Registration and the Prevention of Statelessness: A Survey of Roma, Ashkaelia and Egyptians in Montenegro Statelessness, mayo de 2009.
- CITSEE (Europeanisation of Citizenship in the Successor States of the Former Yugoslavia). University of Edimburg/School of Law. Sitio web: <<http://www.law.ed.ac.uk/citsee/about/>>.
- Crisis Group Europe Briefing, «Montenegro's Referendum», International Crisis Group, n.º 42, May 30th, 2006, p. 6, disponible en <http://www.crisisgroup.org/library/documents/europe/b042_montenegro_s_referendum.pdf>.
- EUDO Citizenship Observatory. Country Report and Montenegro citizenship laws. Robert Schuman Center for Advanced Studies. European University Institute. Sitio web: <<http://eudo-citizenship.eu/>>.
- European Commission (2009), Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010, European Commission: available at <http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/strategy_paper_2009_en.pdf> (14 October, 2009).
- European Commission (2009), Montenegro 2009 Progress Report, European Commission – Enlargement Archives: available at <http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/mn_rapport_2009_en.pdf> (October 14, 2009).
- International Law Commission. Fiftieth session. 20 April-12 June 1998. Fourth report on nationality in relation to the succession of States.
- Ministerio de Asuntos Exteriores e Integración Europea de Montenegro (Ministry of Foreign Affairs and European Integration). Ley de Nacionalidad, disponible en <<http://www.mip.gov.me/en/index.php/Consular-functions/citizenship.html>>.

I. SUCESIÓN DE ESTADOS Y NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

NACIONES UNIDAS. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Proyecto de resolución: Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad, 25 de marzo de 2008.

NACIONES UNIDAS. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/504)] 59/34. Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados.

UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO. Dictamen de la Comisión sobre la solicitud de adhesión de Montenegro a la Unión Europea.

II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS

Libre circulación de personas y migraciones laborales

GEORGINA ALEJANDRA GUARDATTI ⁽¹⁾

*Abogada
Universidad de Mendoza (Argentina)*

MARÍA CONSTANZA ALBERT ⁽²⁾

*Abogada
Universidad de Córdoba (Argentina)*

RESUMEN

El MERCOSUR como bloque de integración regional: avances y desafíos

En el MERCOSUR, la libre circulación de personas se encuentra en fase de desarrollo. Entre las causas que mantienen dicha situación encontramos la incorporación e implementación de las normas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero los Estados Partes y Asociados han avanzado con la aprobación de los Acuerdos sobre Residencia. La movilidad de los trabajadores aparece como un elemento estratégico para el funcionamiento armónico de los mercados de trabajo y para el crecimiento de la producción regional. Por ello, más que una consecuencia necesaria del proceso de liberalización comercial, la circulación de personas (en particular por razones de trabajo) es un imperativo que consagra el «rostro humano» de la integración.

Palabras clave: Procesos de integración; MERCOSUR; migraciones laborales; libre circulación de personas y residencia; Declaración Socio Laboral.

ABSTRACT

Mercosur as a bloc of regional integration: progresses and challenges. free movement of people and labour migrations

In MERCOSUR, the free movement of people is in a developing phase. Among the causes that maintain this situation, we find the incorporation and implementation of norms in the national legal system. However, the Member and Associated States have reached a milestone with the ratification of Residence Agreements. The mobility of workers appears as a strategic element for the smooth working of the labour markets and for the growth of regional production. Therefore, more than a necessary consequence of the process of trade liberalization, the movement of people (especially due to work related reasons) is an imperative that confirms the «human face» of integration.

Key words: Process of integration; MERCOSUR; labour's migrations; free movement of persons and free residence; Declaration of Social and Working Questions.

(1) Máster en Especialización e Investigación en Derecho (Universidad de Zaragoza, España); Doctoranda en Derecho (Universidad de Zaragoza, España); miembro del Grupo consolidado de Investigación sobre Derechos Humanos y Migraciones Internacionales (Universidad de Zaragoza, España), y miembro de la Comisión de Derecho Internacional del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, Argentina.

(2) Magíster en Derecho y Estudios Europeos (Institut des Hautes Etudes Européennes/IHEE, Universidad Robert Schuman, Strasbourg, Francia); Máster en Derecho Europeo, Internacional y Comparado, Especialidad Derecho Internacional de los Negocios (Université Jean Moulin-Lyon 3, Francia), y miembro de la Comisión de Derecho Internacional del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, Argentina.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL MERCOSUR EN MATERIA DE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LAS PERSONAS.
 - III. LAS MIGRACIONES LABORALES Y LA DECLARACIÓN SOCIO LABORAL EN EL MERCOSUR.
 - IV. REFLEXIONES FINALES.
-

I. INTRODUCCIÓN

Proponemos analizar la relación entre dos complejos y multifacéticos fenómenos: las migraciones y los procesos de integración (como el MERCOSUR), destacando en particular las migraciones laborales.

La dimensión humana de la integración regional es la libre circulación de las personas, la cual ha sido un derecho que la persona ejerce desde tiempos inmemoriales. Actualmente, y teniendo en cuenta las circunstancias sociales, políticas y económicas en los cinco continentes, el fenómeno de las migraciones (que ha existido siempre), tanto dentro de los Estados o de un Estado a otro, resulta inevitable. Por ello, este derecho ha sido reconocido en los principales textos internacionales y regionales de protección de los DDHH; constituyendo un derecho esencial para el desarrollo de la persona (como así también para el desarrollo de la propia sociedad regional) y siendo garantía de exclusión de todo tipo de acción que lesione la dignidad de la persona.

Sin embargo, sobre los flujos migratorios han actuado más las políticas macroeconómicas y los cambios de mercados de trabajo que los efectos económicos específicos de los procesos de integración regional⁽³⁾.

En el MERCOSUR, la libre circulación de personas se halla en fase de desarrollo. Esta Organización Internacional se caracterizó en sus orígenes por entender la integración como uno de los caminos para lograr el afianzamiento de la toma de conciencia democrática y para alcanzar un desarrollo sustentable con justicia social, siendo la voluntad política el motor de la integración. Dado su carácter intergubernamental, son los gobiernos de los Estados miembros en ejercicio del poder, quienes fijan de manera unilateral las pautas del proceso de integración. Ello ha demostrado cierta hipocresía en el consenso intergubernamental institucionalizado, ya que algunos gobiernos aprueban medidas que luego no cumplen, o bien, adoptan normativas que después no están dispuestos a aceptar a nivel multilateral. Se genera una contradicción entre las políticas restrictivas generalizadas y un movimiento migratorio que se sigue produciendo a pesar de las barreras.

(3) MÁRMORA, L., «Políticas migratorias consensuadas en América Latina». *Estudios Migratorios Latinoamericanos*. Buenos Aires: Año 17, n.º 50, abril 2003.

II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS

Es de esperar que ante un proceso de consolidación de un mercado común, se produzcan cambios en los tipos de desplazamientos de las personas y de los trabajadores de los países miembros dados el nivel de intercambio y complementación económica que se alcance y las nuevas configuraciones de los sectores productivos. Esta mayor interacción puede influir sobre los patrones migratorios existentes, modificándolos o introduciendo nuevas modalidades de movilidad laboral. Con la integración regional, los movimientos laborales se han intensificado entre los países miembros.

El tratamiento del tema migratorio en el interior del MERCOSUR ha ido cambiando. Las políticas en el asunto están formuladas con el objetivo de profundizar el proceso de integración regional, y con ello debería lograrse el mejoramiento de las condiciones de vida de la población; de allí la importancia que la política migratoria adquiere en este contexto⁽⁴⁾.

Coincidimos en la necesidad de analizar los movimientos migratorios internacionales que involucran a todo ciudadano, sea o no trabajador, que se mueva de un país hacia otro, dentro un espacio integrado en forma plena, tal como se propone el MERCOSUR. En efecto, en un proceso de integración, el ciudadano se moverá en un espacio común (extensión del territorio de su propio Estado) donde no perderá su condición de ciudadanía cuando atraviese la frontera; y como trabajador, será parte constitutiva de un mercado de trabajo único y de una estructura laboral y social compartida, en el cual las políticas públicas de empleo, de formación profesional, de seguridad social, de atención sanitaria y educación serán objeto de la política regional, orientando las acciones hacia la compatibilización de las prioridades nacionales con las necesidades regionales, aplicando en definitiva el principio de igualdad y no discriminación.

II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL MERCOSUR EN MATERIA DE LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LAS PERSONAS

La libre circulación es el concepto que transforma a la variable migratoria en un elemento clave de los procesos de integración económica. Los autores distinguen la noción de libre circulación en el plano de la integración, de la noción de migración tradicional: esto es, cambiar la condición de ciudadano por la de extranjero por el solo hecho de atravesar una frontera. La libre circulación privilegia la ciudadanía comunitaria sobre cualquier otra circunstancia. Las migraciones laborales y la libre circulación de mano de obra configuran el núcleo de la dimensión social de la integración⁽⁵⁾.

En el ámbito del MERCOSUR se han aprobado una serie de normas que han logrado su entrada en vigor mediante la ratificación de los Estados Partes, y en algunos casos de

(4) NOVICK, Susana, «MERCOSUR y migraciones: el caso argentino». Trabajo presentado en el II Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, México, 2006.

(5) MÁRMORA, L. y PÉREZ VICHICH, N., «Elementos de políticas migratorias para el MERCOSUR». Informe elaborado para el Informe Nacional de Desarrollo Humano; Honorable Senado de la Nación: 1997. Citado en Novick, Susana, «MERCOSUR y migraciones: el caso argentino». Trabajo presentado en el II Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población. México, 2006.

sus Asociados, tendentes a favorecer la movilidad de personas y su residencia en el espacio regional, resultando conveniente fijar estándares comunes en base a la reciprocidad y en beneficio de los ciudadanos de la región.

Existen disposiciones atinentes al control migratorio en fronteras que posibilitan el desplazamiento ágil y expedito de nacionales de los países del bloque. Las Decisiones del CMC n.º 46 (14/12/2000)⁽⁶⁾ y n.º 47 (14/12/2000)⁽⁷⁾ sobre la instalación de canales privilegiados de entrada en aeropuertos para ciudadanos del MERCOSUR, de la República de Bolivia y de la República de Chile, tienen por objeto acordar soluciones jurídicas para el fortalecimiento del proceso de integración.

Con el fin de armonizar los plazos que se conceden a los nacionales de los Estados que conforman el bloque regional, cuando se movilizan por motivos de turismo, se acuerda la concesión de un plazo de NOVENTA (90) días a los turistas nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados, mediante el Acta/Acuerdo de 01/06/2006⁽⁸⁾.

Los Estados Partes⁽⁹⁾, considerando que resulta conveniente perfeccionar la normativa del MERCOSUR relativa a los documentos que habilitan el tránsito de personas en el territorio de los Estados Partes y Asociados con miras a generar las condiciones para la libre circulación de las personas en el ámbito comunitario aprobaron, mediante Decisión del CMC n.º 18 de 30/06/08⁽¹⁰⁾, el Acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados. La Decisión reconoce la validez de los documentos de identificación personal de cada Estado Parte y Asociado como documentos de viaje hábiles para el tránsito de nacionales y/o residentes regulares de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR por el territorio de éstos.

Un avance significativo se produce mediante el Acta/Acuerdo de 01/06/2006 por el cual se establece el Procedimiento para la verificación de la documentación de egreso e ingreso de menores entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados.

La Decisión CMC n.º 4 de 29/06/2000 aprueba el Acuerdo conocido como Acuerdo de Recife⁽¹¹⁾, por el cual se posibilita la creación de los Controles Integrados de Frontera, unificándose el control de salida y el control de entrada en una sola área.

Las Decisiones del CMC n.º 18 sobre tránsito vecinal fronterizo entre los Estados Partes del MERCOSUR⁽¹²⁾ y n.º 19 de Entendimiento sobre tránsito vecinal fronteri-

(6) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 46/00, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=576>>.

(7) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 47/00, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=576>>.

(8) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 10/06, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=1038>>.

(9) En la XXXV Cumbre del MERCOSUR, que se llevó a cabo en San Miguel de Tucumán (Argentina) los días 30 de junio y 1 de julio de 2008, los mandatarios firmaron un acuerdo en el que se descarta la utilización del pasaporte para transitar entre los países miembros y asociados del organismo (Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados).

(10) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 18/08, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=584>>.

(11) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 04/00, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=576>>.

(12) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 18/99, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=585>>.

II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS

zo entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile⁽¹³⁾ (ambas de 07/12/1999), acuerdan que «los ciudadanos nacionales o naturalizados de un Estado Parte o Asociado, o sus residentes legales, nacionales o naturalizados de otro Estado Parte o Asociado del MERCOSUR que se domicilien en localidades contiguas de dos o más Estados Partes o Asociados, podrán obtener la credencial de Tránsito Vecinal Fronterizo (TVF). La calidad de residente legal, a los efectos de este convenio, se determinará en base a la legislación de cada Estado Parte o Asociado».

Por otra parte, en el ámbito del MERCOSUR se han adoptado una serie de Acuerdos que facilitan los trámites migratorios en los distintos Estados Partes, brindando así un procedimiento diferenciado, más ágil y sencillo que el que deben realizar los nacionales de terceros países no pertenecientes al bloque regional. Entre dichos Acuerdos destacamos:

- El Acuerdo de exención de traducción de documentos administrativos para efectos de inmigración entre los Estados Partes del MERCOSUR⁽¹⁴⁾ (Decisión del CMC n.º 44 de 14/12/2000) y entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile⁽¹⁵⁾ (Decisión del CMC n.º 45 de 14/12/2000). Los documentos a los que refiere la norma son: el Pasaporte, la Cédula de Identidad, los Testimonios de Partidas o Certificados de Nacimiento y de Matrimonio y el Certificado de Ausencia de Antecedentes Penales.
- Los Acuerdos n.º 13/02 sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y n.º 14/02 referido a la Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (aprobados por la Decisión del CMC n.º 28 de 06/12/2002 en el marco de los Acuerdos emanados de la XII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, de la República de Bolivia y de la República de Chile)⁽¹⁶⁾. Establecidos en la Cumbre de Presidentes de Brasilia del 6 de diciembre de 2002, son los que presentan mayor interés, dado que los Estados Partes han establecido expresamente su voluntad de alcanzar la plena libertad de circulación de las personas en todo su territorio. Como bien señala el Profesor CHUECA⁽¹⁷⁾, son tres los fines que se destacan en el preámbulo:
 1. fortalecer y profundizar el proceso de integración así como los fraternales vínculos existentes entre las partes;
 2. lograr «la implementación de una política de libre circulación de personas en la región» que resulta «esencial» para la consecución de la integración, y

(13) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 19/99, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=585>>.

(14) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 44/00, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=576>>.

(15) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 45/00, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=576>>.

(16) MERCOSUR/CMC/DEC, n.º 28/02, <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=578>>. <<http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuerdos/2002/español/61.%20Acuerdo%20Regularización%20Migratoria%20Interna%20MSUR,%20Bolivia%20y%20Chile.pdf>>.

(17) CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, «Libre circulación de personas en Suramérica: una aproximación». *Revista electrónica Iberoamericana*. Vol. 2, n.º 1. Madrid. Centro de Estudios de Iberoamérica, 2008. <http://www.urjc.es/ceib/investigacion/publicaciones/REIB_02_01_A_G_Chueca_Sancho.pdf>.

3. «solucionar la situación migratoria de los nacionales de los Estados Partes y Asociados en la región a fin de fortalecer los lazos que unen a la comunidad regional».

Los derechos que se adquieren con la Residencia Legal son:

- Igualdad de derechos civiles y libertades sociales, culturales y económicas de los nacionales del país de recepción, derecho a trabajar (o sea, derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, según las normas legales de cada país), derecho de petición ante las autoridades, derecho de entrada y salida del territorio de las Partes y libertad de culto.
- A los miembros de la familia que no sean de la nacionalidad de alguno de los Estados Parte, se les otorga una residencia con la misma vigencia de aquella que posea la persona de la cual dependan; si por su nacionalidad necesitan visa para ingresar al país, deben tramitar la residencia ante la autoridad consular, salvo que de acuerdo a la normativa interna del país de recepción no fuera necesario.
- En materia laboral, los inmigrantes gozan de un trato no menos favorable al que reciben los nacionales del país de recepción, especialmente en materia de sueldo, condiciones de trabajo y seguros sociales.
- Derecho a transferir remesas, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares.
- Los hijos de los inmigrantes que nazcan en el territorio del Estado Parte donde residen sus padres, tienen derecho a un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad. Tienen también el derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad con los nacionales del país de recepción.

En definitiva, el MERCOSUR, Bolivia y Chile han establecido que todo su territorio constituye un Área de Libre Residencia con derecho a trabajar para todos sus ciudadanos, sin otro requisito que acreditar la nacionalidad y no poseer antecedentes penales. Es decir, sin necesidad de tener que acreditar motivos diferentes, los que sí son solicitados a nacionales de otros Estados (como puede ser un contrato de trabajo o la inscripción en una institución de estudios).

Si bien el área de libre residencia y trabajo no se asimila completamente a la libre circulación de personas (donde no se requiere tramitación migratoria alguna), los seis Estados han dado un gran paso adelante y han establecido expresamente su voluntad de alcanzar la plena libertad de circulación de las personas en todo territorio⁽¹⁸⁾.

Por otro lado, en el sistema del MERCOSUR se hallan normas que han sido aprobadas, pero que aún no logran vigencia simultánea por encontrarse pendiente la ratificación por parte de alguno de los Estados Partes. Como así también, las Declaraciones Presidenciales que, si bien no poseen carácter obligatorio, tienen gran peso político en la medida en que

(18) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y RODRÍGUEZ, Mónica S., *Integración (Parte General y Parte Especial)*. Buenos Aires. Editorial Estudio, 2010, p. 178.

II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS

establecen directivas y orientaciones para los órganos decisorios del MERCOSUR. Sin duda el avance en materia migratoria será mayor cuando entren en vigor estas normas y se cumplan sus disposiciones. Ello permitirá la aproximación a una situación de plena libertad de circulación y de plena libertad de establecimiento de las personas nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR en el proceso de integración del Mercado Común.

III. LAS MIGRACIONES LABORALES Y LA DECLARACIÓN SOCIO LABORAL EN EL MERCOSUR

Las corrientes migratorias tienen históricamente una presencia constante en los países de recepción, contribuyendo al crecimiento y desarrollo de su población y de sus mercados de trabajo. Las migraciones entre estos países se producen esencialmente por desequilibrios económico-laborales, lo que indica que los trabajadores migrantes salen de sus lugares de origen en la búsqueda de mejores perspectivas laborales y de calidad de vida y arriban a mercados de empleo que reclutan este tipo de fuerza laboral. Así, Argentina ha ocupado un papel relevante en relación a la recepción de flujos migratorios internacionales. Paralelamente, se incorpora al sistema migratorio internacional como polo no sólo receptor sino también emisor de poblaciones, en su mayoría en dirección hacia otros países de América Latina, Europa y América del Norte. La migración para el empleo ha vuelto a ser un elemento clave para responder a los desafíos económicos, los del mercado de trabajo y los de la productividad de una economía globalizada⁽¹⁹⁾.

Son muy variados los supuestos en los que el extranjero es ocupado para realizar tareas en el territorio de un Estado del cual no es nacional. Cuando no se dan los supuestos de protección internacional, es decir, cuando la persona voluntariamente sale del territorio de cuyo Estado es nacional (también algunos casos de migraciones forzadas), para desempeñar una actividad laboral en otro territorio, la situación queda comprendida en la figura del «trabajador migrante».

Uno de los principales obstáculos con el que se enfrenta el pleno ejercicio del derecho de libre circulación ha sido la regulación de los flujos migratorios por cada Estado. En la actualidad⁽²⁰⁾, la facultad de decidir respecto a la admisión de extranjeros en el territorio de un Estado constituye uno de los atributos derivados del poder de soberanía atribuido a éste. Como así también, establecer las condiciones y los requisitos para dicho ingreso o permanencia, con limitaciones e incluso prohibiciones. Se trata de la «política migratoria» que adoptan los Estados según las circunstancias particulares de cada uno. A dicha facultad estatal se suma: por un lado, las consecuencias de la globalización que en los últimos años ha producido cambios significativos en la compleja cuestión migratoria; y, por otro

(19) Consúltase TARAN, Patrick A., «Globalización, derechos humanos y migraciones: desafíos para el desarrollo y la cohesión social». En *Políticas migratorias y Derechos Humanos*. Ceriani Cernadas, Pablo y Fava, Ricardo (editores)... [et al.]. Buenos Aires. Ediciones de la UNLa, 2009, p. 63.

(20) Porque no siempre ha sido así, durante siglos ha existido una clara libre circulación de personas, un *Ius Migrandi* propugnado ya por Francisco de Vitoria.

lado, los procesos de integración regional que inciden en la vida de las personas (es decir, la dimensión social).

Como bien describe MANSUETI⁽²¹⁾, «la libre circulación de personas genera consecuencias sociales, muchas veces derivadas de asimetrías monetarias. Los trabajadores que emigran a otro territorio, a veces de manera temporaria, perciben ingresos menores a los de los nacionales, pero significativos en su país de origen, por las diferencias monetarias. Estas situaciones inciden en el mercado de trabajo del país receptor de mano de obra extranjera, convirtiendo en menos competitivos a sus trabajadores, y rebajando los niveles salariales».

Para BARRETO GHIONE⁽²²⁾, los problemas mayores de inequidad y explotación no se dan respecto de los «ciudadanos intrabloque», sino respecto de quienes se trasladan desde fuera de los espacios integrados (piénsese en el ejemplo europeo, pero también en la diversa situación de los trabajadores peruanos o bolivianos en Argentina en comparación con los uruguayos). Sin embargo, dichos procesos de integración pueden resultar los ámbitos más aptos para establecer adecuadamente los traslados por razones de trabajo.

El análisis de la compleja cuestión migratoria, y de los derechos humanos que están en juego, constituye un tema de especial preocupación cuando se trata de los trabajadores, que son vulnerables y de hecho su dignidad humana es con frecuencia vulnerada.

Ante esa situación, las normas internacionales del trabajo se aplican a todos los trabajadores, independientemente de su nacionalidad. Así, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde sus inicios, reconoció que era necesario adoptar los instrumentos concretos que propusieran soluciones globales para los problemas de la migración y de los trabajadores migrantes.

En la 7.^a Conferencia General de la OIT, celebrada en Ginebra en 1925, se adoptó el Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo⁽²³⁾, entrando en vigencia en 1926. Ha tenido gran aceptación, registrando hasta la fecha 121 ratificaciones. En el ámbito del MERCOSUR todos los Estados Partes lo han ratificado, con excepción de Paraguay⁽²⁴⁾.

Desde entonces, la OIT ha llevado a cabo una gran labor intentando implementar una normativa integral en materia de protección del trabajador migrante. En especial, el Convenio n.º 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de

(21) MANSUETI, Hugo Roberto, «Circulación de trabajadores en el MERCOSUR». 2004. En <<http://www.mansueti.com.ar/sp/index.html>>.

(22) BARRETO GHIONE, Hugo, *Libre circulación de trabajadores en el MERCOSUR: un imaginario de la dimensión humana de la integración*. Montevideo. Electronic Ed., 1999. <<http://library.fes.de/fulltext/bueros/uruguay/00858.htm>>.

(23) Texto completo del «Convenio n.º 19 relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo» en <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convsd.pl?C019>>.

(24) Los datos sobre la ratificación a dicho Convenio se pueden consultar en <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C019>>.

II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS

oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes⁽²⁵⁾ (adoptado en la 60.^a Conferencia de la OIT de 1975, en vigor desde 1978), impone la obligación general de respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes en el empleo. Dispone, además, la obligación de adoptar las medidas necesarias para detectar y suprimir las migraciones clandestinas y el empleo ilegal de migrantes; fomentar una auténtica igualdad de trato de los migrantes en materia de empleo y ocupación, seguridad social, derechos sindicales y culturales, libertades individuales y colectivas, etc. Sin embargo, este Convenio no ha sido ratificado por ninguno de los Estados Partes del MERCOSUR.

Por otro lado, se amplían y actualizan estos derechos en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias⁽²⁶⁾, adoptada por la AG de la ONU en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Ésta ha entrado en vigor el 1 de julio de 2003 (luego de varias negociaciones y reticencias de los países del norte para ratificarla). Hasta el momento, la Convención ha sido ratificada por 43 Estados⁽²⁷⁾. Entre ellos: Colombia (1995), Bolivia (2000), Uruguay (2001), Ecuador (2002), Chile (2005), Perú (2005), Argentina (2007), Paraguay (2008). Por tanto, de los Estados Partes del MERCOSUR, únicamente Brasil no la ha ratificado. Esta Convención supone un gran logro y genera nuevas expectativas para los migrantes en el mundo. Teniendo en cuenta que «la migración constituye, en el marco de la globalización, un fenómeno de difícil eliminación»⁽²⁸⁾.

En esencia, la Convención considera a los trabajadores migrantes como algo más que simple mano de obra o entes económicos, establece por primera vez una definición internacional de «trabajador emigrante» y fija normas internacionales para un trato legal y sin abusos, tanto a documentados como a los que están en situación irregular.

Uno de los fines que establece el Tratado de Asunción⁽²⁹⁾ (artículo 1) consiste en «la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países...». Destacamos el sesgo predominantemente economicista de la redacción, en virtud de que la libertad de personas no se consigna expresamente. Sin embargo, una interpretación literal del texto determina que las personas se encuentran incluidas en él; pero no como seres humanos, sino como «factores productivos». Es decir, que la libre circulación de mano de obra, en cuanto factor productivo y de servicios, pasa a convertirse en un elemento inherente a la idea de mercado común. Ello implica la eliminación de todo tipo de restricciones a las migraciones de trabajadores dentro del territorio de los Estados Partes del MERCOSUR.

(25) Texto completo del «Convenio n.º 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes» en <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C143>>.

(26) Texto completo de la «Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias» en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0034.pdf>>.

(27) Los datos sobre la ratificación a dicho Convenio se pueden consultar en <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en>.

(28) DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, «Globalización e inmigración». En *Inmigración, multiculturalismo y Derechos Humanos*. Marcos del Cano, Ana María (coord.). Valencia. Tirant lo blanch, 2009, p. 346.

(29) «Tratado para la Constitución de un Mercado Común (Tratado de Asunción firmado el 26 de marzo de 1991)» y Anexos I, II, III, IV y V en <<http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuerdos/1991/español/1.Tratado%20de%20Asunción.pdf>>.

Además, dichos trabajadores recibirán el mismo tratamiento que la mano de obra nacional, sin discriminación alguna, salvo las que sean fundadas en razón de seguridad, moralidad, salubridad e higiene públicas.

Respecto de la legalidad migratoria, SARDEGNA⁽³⁰⁾ escribe que «no sólo hace al cumplimiento de la norma sino también de los principios que las sociedades contemporáneas han asumido como valores básicos»; a lo cual MANSUETI agrega que «sin duda uno de tales principios es que la persona humana del trabajador no es una mercancía ni es sólo un factor productivo»⁽³¹⁾.

Entonces, la libre circulación supone para los trabajadores⁽³²⁾:

- a) el derecho a salir de su Estado de origen y de ingresar en otro Estado miembro por motivos de trabajo, con sus familiares, y permanecer juntos en el territorio de recepción, asegurando sus derechos;
- b) tener acceso a las ofertas y a los puestos de trabajo y empleo en todos los territorios;
- c) gozar de la seguridad social (entendida en sentido amplio) en todos los territorios;
- d) tener libertad de asociación y representación en todos los territorios nacionales;
- e) acceder y extender su capacitación y formación profesional en cualquiera de los territorios;
- f) informarse sobre sus derechos y deberes;
- g) poder residir en un Estado Parte y trabajar en el territorio de otro (trabajo fronterizo).

Pero la libre circulación de personas, como aportantes de servicios o factores de producción, supone el reconocimiento e implementación normativa de otras libertades:

- a) la de circulación de los trabajadores asalariados o «libertad de actividad laboral»;
- b) la de prestación de servicios o «libertad de actividad profesional», y
- c) la de establecimiento o «libertad de actividad empresarial», para personas físicas y jurídicas.

El ejercicio de estas libertades necesitará una actividad normativa de los Estados Partes mediante la cual reconozcan, recíprocamente a los nacionales de cualquier Estado Parte, un estatus jurídico distinto al correspondiente a otros extranjeros.

(30) SARDEGNA, Paula Constanza, *La trabajadora migrante en el MERCOSUR*. Buenos Aires. Lexis Nexis, 2001, p. 123.

(31) MANSUETI, Hugo Roberto, «Circulación de trabajadores en el MERCOSUR». 2004. En <<http://www.mansueti.com.ar/sp/index.html>>.

(32) MANSUETI, Hugo Roberto, «Formación profesional y libre circulación de trabajadores en el MERCOSUR». 2005. En <<http://www.mansueti.com.ar/sp/index.html>>.

II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS

En el Tratado de Asunción de 1991, aun pretendiendo llegar a esquemas de integración muy profundos, como señala GARRÉ COPELLO⁽³³⁾, dejó un vacío sensible en la consideración de los aspectos sociales y culturales, sólo llenado parcial e insuficientemente por algunos protocolos y decisiones del CMC posteriores ha dicho tratado, también parcialmente aplicados. Sin embargo, la cuestión del empleo, las migraciones y la formación profesional ha estado presente desde el inicio mismo del debate de los temas socio-laborales en el MERCOSUR.

Algunos notables avances han sido posibles a través de las tareas realizadas, particularmente, por el SGT n.º 10 de Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social; como así también las labores llevadas a cabo en el terreno educativo y cultural. En lo concerniente al ámbito empresarial y socio-laboral, se destacan:

- el Acuerdo para la Facilitación de Actividades Empresariales en el MERCOSUR, firmado en Belo Horizonte el 16 de diciembre de 2004 (Decisión n.º 32/04);
- el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur y su Reglamento Administrativo para la Aplicación del Acuerdo. Firmado en Montevideo el 15 de diciembre de 1997 (Decisión n.º 19/97). A través de estos instrumentos se implementa un sistema de reconocimiento recíproco, entre los Estados Partes, de las cotizaciones efectuadas por los trabajadores nacionales o extranjeros habitantes, de manera tal que las prestaciones puedan ser otorgadas por el Estado donde el trabajador o beneficiario se encuentre;
- la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR⁽³⁴⁾, aprobada el 10 de diciembre de 1998 en Río de Janeiro, constituye el único instrumento referido a los derechos sociales. Los Presidentes de los Estados Partes consagraron una serie de principios, entre los cuales se destacan: la no discriminación, la eliminación del trabajo forzoso, la libertad de asociación, el fomento del empleo, la protección de los desempleados, la salud y seguridad en el trabajo, la seguridad social, etc. En cuanto a los trabajadores, migrantes (de cualquier nacionalidad) y fronterizos, establece que tienen ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuvieren ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país. Los Estados Partes del MERCOSUR se comprometen a adoptar medidas tendentes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores. Incluye, además, el desarrollo de Recursos Humanos y la formación profesional. La capacitación profesional es considerada como derecho fundamental de los trabajadores y elemento clave de las políticas activas de em-

(33) GARRÉ COPELLO, Belter, «El marco institucional del MERCOSUR: el rol de la Academia en los polos de integración regional y en el MERCOSUR/CONOSUR». Separata de *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Córdoba (Argentina). DRNAS-Lerner, 2002.

(34) Texto de la «Declaración Socio Laboral del MERCOSUR» en <<http://www.oas.org/udse/cersso/documentos/2.pdf>>.

pleo⁽³⁵⁾. La eficacia jurídica de la Declaración Socio laboral sigue siendo discutida. Dada su naturaleza jurídica de «declaración», su incumplimiento no da lugar al impulso de mecanismos de solución de controversias. Sin embargo, establece un piso mínimo de derechos laborales, de compromisos asumidos por los Estados y de mecanismos para seguir profundizando y avanzando hacia la consolidación de una dimensión social de la integración. Dicha declaración es un instrumento mediante el cual los Estados partes expresan la opción por un modelo de integración capaz de armonizar crecimiento y bienestar social, reuniendo derechos laborales acogidos en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, así como las obligaciones que a ellos corresponden, puesto que —tal como se expresa en su Preámbulo— se considera que la integración regional no puede circunscribirse a la esfera comercial y económica, debiendo abarcar también la temática social en lo que respecta a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración.

Entre los derechos y principios consagrados en el citado instrumento jurídico, el artículo 4 considera⁽³⁶⁾ explícitamente la igualdad de los derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos en relación a los nacionales, y compromete a los Estados a desarrollar normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de esos trabajadores en los territorios de los países miembros⁽³⁷⁾. Igualmente, en su Preámbulo donde también se expresa que los Estados partes ratificaron las principales convenciones de la OIT que garantizan los derechos esenciales de los trabajadores, y adoptan en larga medida las recomendaciones orientas para la promoción del empleo calificado, de las condiciones saludables de trabajo y del bienestar de los trabajadores, reafirmando el compromiso de los miembros de respetar, promover y poner en práctica los derechos y obligaciones expresados en las convenciones reconocidas como fundamentales dentro y fuera de la Organización, entre las que se encuentran el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo y el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.

No obstante, pese a que Argentina en la Declaración Socio Laboral asumió el compromiso de controlar en todo su territorio el cumplimiento de las disposiciones normativas que se refieren a la protección de los trabajadores y a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, en el territorio argentino, tanto en el ámbito urbano como en las zonas rurales, los empleadores que explotan laboralmente a los menores se aprovechan de la falta de

(35) Consúltese FERREIRA, María Carmen; con la colaboración de Payssé, Sara, *La formación profesional en el MERCOSUR*. Montevideo. Cinterfor, 2003, p. 87.

(36) Artículo 4 de la Declaración Socio Laboral: «Todos los trabajadores migrantes, independientemente de su nacionalidad, tienen derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en que estuvieron ejerciendo sus actividades. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias para mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores».

(37) LIRMAN MABÉ, Rafael, «La Declaración Socio Laboral del MERCOSUR y el trabajo desarrollado por menores de 18 años en la República Argentina». *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, n.º 16. Buenos Aires. Abeledo Perrot, agosto 2010.

II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS

inspecciones suficientes y eficientes. A su vez, los adolescentes que trabajan y que tienen la edad superior a la mínima de admisión al empleo, lo hacen en su gran mayoría en forma clandestina y sin que los organismos de inspección ejerzan un adecuado control a los fines de evitar que desarrollen actividades peligrosas que afecten al pleno desarrollo de sus facultades físicas y mentales.

Todas estas normas constituyen importantes logros de los gobiernos que contribuyen al intercambio cultural, socio-laboral, educativo y jurisdiccional que el proceso de integración requiere. Dado que el verdadero interés del proceso de integración está en las personas, ello servirá en la medida en que se acerque a ellas y éstas encuentren solución a sus problemas mediante dichas normas.

Coincidiendo con BARRETO GHIONE⁽³⁸⁾, más que una consecuencia obvia del proceso de liberalización comercial, la circulación de personas (con mayor razón por motivos de trabajo) es un imperativo que consagra el «rostro humano» de la integración.

IV. REFLEXIONES FINALES

En la presente investigación proponemos, a modo de conclusión, las siguientes reflexiones:

1. Desde un punto de vista jurídico-político, cada Estado tiene la facultad de regular el derecho de las personas extranjeras a entrar, salir y permanecer en su territorio. Dicha regulación forma parte de su soberanía y, a la vez, el Estado debe ejercer el control efectivo de su territorio y de todas las personas que se encuentren en él en un momento dado (ya se trate de nacionales, extranjeros en situación regular o no, apátridas o refugiados). Sin embargo, existen reglas comunes entre los Estados, establecidas en tratados internacionales, principalmente los referidos a Derechos Humanos, que limitan esa competencia o poder del Estado territorial. También hay algunas normas internacionales configuradas mediante la costumbre (por ejemplo, la que prohíbe la expulsión masiva de extranjeros). Este derecho comprende la libertad de circulación y la de escoger residencia, la de salir de cualquier país (incluso del propio) y el derecho a entrar en el propio país. Su ejercicio tiene restricciones o limitaciones justificadas sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y los derechos y libertades de terceros. Dichas restricciones deben ser previstas por la ley que determine las condiciones en que pueda limitarse. Pero, en el Derecho Internacional General, el derecho que tiene toda persona de salir del territorio de un Estado no se contrapone a la obligación de otro Estado de acogerla. Por lo tanto, existe una clara limitación actual de este derecho.

2. Aunque en la actualidad corresponde calificar al MERCOSUR como una Unión Aduanera incompleta o imperfecta, aspira a constituirse en un Mercado Común⁽³⁹⁾. Es

(38) BARRETO GHIONE, Hugo, *Libre circulación de trabajadores en el MERCOSUR: un imaginario de la dimensión humana de la integración*. Montevideo. Electronic Ed., 1999. <<http://library.fes.de/fulltext/buenos/uruguay/00858.htm>>.

(39) Recientemente, en la XXXIX Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, llevada a cabo en la Provincia de San Juan (Argentina), los días 2 y 3 de agosto de 2010, los Presidentes de los Estados

decir, tiende a barrer las fronteras económicas promoviendo las cuatro libertades básicas: la libre circulación de mercaderías o bienes, de personas, de servicios y de capitales. Sin embargo, todavía ofrece mayor movilidad y reducciones arancelarias para la circulación transfronteriza de bienes y acervos, que para la libre circulación de personas, lo cual sigue siendo un tema pendiente. Entre las causas que mantienen esa situación figura la cuestión de la incorporación e implementación de las normas del MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos nacionales. A pesar del tiempo que lleva la experiencia integracionista, continúa siendo un sistema complicado. Se requiere el reconocimiento de la naturaleza particular del Derecho del MERCOSUR (independiente del Derecho Internacional Público), como así también de las soluciones propias que los problemas de aplicación y colisión entre ordenamientos jurídicos exigen.

3. En un posible escenario (a corto o mediano plazo), la libre circulación podrá convertirse en una realidad completa si los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR no son discriminados en relación con los nacionales del Estado anfitrión, cuando intenten ejercer los derechos que les son conferidos en virtud de las normas aprobadas y vigentes del MERCOSUR. El principio de igualdad y no discriminación resulta esencial como lo es en el ámbito de la UE. Pero, si bien el área de libre residencia y trabajo no se asimila completamente a la libre circulación de personas (donde no se requiere tramitación migratoria alguna), los Estados Partes del MERCOSUR y los Asociados han dado un gran paso adelante. Con la aprobación de los Acuerdos sobre Residencia (en la Cumbre de Presidentes de Brasilia, del 6 de diciembre de 2002), los Estados Partes han establecido expresamente su voluntad de alcanzar la plena libertad de circulación de las personas en todo su territorio.

4. Respecto de la cuestión migratoria, el MERCOSUR es importante por dos razones: por una parte, la integración económica influirá sobre los patrones de movilidad de los trabajadores entre los países miembros. En efecto, la movilidad de los trabajadores aparece en la integración de un mercado común, como un elemento estratégico para el funcionamiento armónico de los mercados de trabajo, y para el crecimiento y perfección de la producción regional dentro de la estrategia de desarrollo que representa la constitución de un bloque. Además, en los países del MERCOSUR, los movimientos migratorios tienen una permanencia histórica que se apoya en la contigüidad geográfica y la cercanía cultural, en la diferencia en los niveles relativos de desarrollo económico-social. Por otra parte, el marco jurídico regional prevé la constitución de un espacio social armonizado en el que el movimiento de los trabajadores de los países asociados es contemplado dentro del derecho a la libre circulación. En este sentido, la Cumbre de Presidentes de 1998 a través de la llamada Declaración Socio Laboral del MERCOSUR (DSL) del 10 de diciembre de ese año,

Partes «resaltaron la importancia de la Decisión adoptada por el Consejo del Mercado Común con relación al proceso de eliminación del doble cobro del arancel externo común y distribución de la renta aduanera, así como de la aprobación del Código Aduanero del MERCOSUR. Ambos instrumentos constituyen pasos decisivos en el perfeccionamiento de la Unión Aduanera y demuestran el compromiso de los Estados Partes con la consolidación del MERCOSUR». Considerando n.º 7 del «Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR». XXXIX Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común (3 de agosto de 2010, San Juan, Argentina). En <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2328/1/CMC_2010_ACTA01_COMUNICADO_ES_EE.PP%20del%20%20MCS.pdf>.

II. EL MERCOSUR COMO BLOQUE DE INTEGRACIÓN REGIONAL: AVANCES Y DESAFÍOS

adopta en 19 artículos una serie de principios y derechos, individuales y colectivos, que le dan contenido.

5. Resulta conveniente recordar que, en los orígenes del MERCOSUR, la cuestión socio laboral y la libertad de circulación de personas, esencialmente de trabajadores, no fue explicitada en esos términos ni establecida como objetivo programático e institucional del bloque. En efecto, en la normativa primigenia podemos encontrar un carácter intergubernamental cuyo objetivo parecía estar asociado a la liberalización comercial, dejando de lado la dimensión productiva y social de la integración. La adopción de políticas sobre la libre circulación de personas resulta imprescindible para avanzar hacia un campo más completo de la construcción de los espacios integrados. De esta manera, la construcción de un mercado de trabajo integrado representa una arista dentro de la llamada libre circulación. Y así, como las relaciones migratorias UE-América Latina son un factor de cohesión para toda América Latina, la libertad de circulación es un factor de cohesión para el MERCOSUR.

6. El MERCOSUR es un proyecto multidimensional y de largo plazo. Es un proceso continuo sin punto final ni garantía de irreversibilidad. Al igual de lo que es más evidente hoy con la UE, el MERCOSUR no responde a ningún modelo de libro de texto ni a los desarrollados en otras regiones. Es, como debe ser, un intento de trabajo conjunto entre un grupo de países, que procura responder a peculiaridades, intereses y realidades propias de esa región. En la práctica no es fácil lograrlo y por ello siempre parecerá incompleto y distante de cualquier idealización⁽⁴⁰⁾. Por tanto, más que una consecuencia necesaria del proceso de liberalización comercial, la circulación de personas (más aún por razones de trabajo) es un imperativo que consagra el «rostro humano» de la integración que avanza constantemente. Se trata de que la persona haga suyo el espacio geográfico de la integración, cruzando fronteras que para los bienes y los capitales no existen; haciendo realidad un proceso de re-integración de una región que históricamente formó parte de un único territorio en su mayoría, y que por diversas razones históricas del siglo XIX configuró otras nuevas. La dimensión humana de la integración regional es la libre circulación de las personas. La actual negativa para su consagración definitiva y total retarda en demasía la concreción de una «ciudadanía mercosureña» que termine con tendencias discriminatorias e incluso xenófobas preexistentes. Tal vez a los mercosureños sirva la experiencia en el ámbito de la UE, con las salvedades y adaptaciones que correspondan a sus particulares características.

(40) PEÑA, Félix, «¿Una nueva etapa del MERCOSUR?: Horizontes abiertos tras la Cumbre de San Juan». Agosto, 2010. En <<http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&neagno=informes/2010-08-horizontes-abiertos-cumbre-san-juan>>.

III. QUE EUROPA NO PIERDA «LOS PAPELES» PARA CONTROLAR A «LOS SIN PAPELES»

EDUARD SAGARRA TRIAS

*Presidente de la Asociación de Naciones Unidas para España
Profesor de Derecho Internacional ESADE*

RESUMEN

Que Europa no pierda «los papeles» para controlar a «los sin papeles»

Estamos ante una difícil encrucijada en la Europa de los 27. La afluencia masiva de inmigración irregular por Italia o España, causada por las revoluciones de «jasmín» y las bélicas del norte de África y de Oriente Medio. Éstas, junto al hambre, son las principales causas. Las limitaciones a la aplicación del Convenio de Schengen, que auspician determinados Estados «fundadores» y las políticas restrictivas xenófobas o racistas que se han originado en otros países miembros, ponen en serio peligro la Europa sin fronteras, conseguida entre todos. La Unión Europea es una comunidad de derecho, pero humana que se funda en unos valores y unos principios. El anuncio de limitaciones y el establecimiento de «medidas equivalentes» ponen en peligro la libre circulación de los «ciudadanos de la Unión» y «ciudadanos en la Unión». El gran riesgo es que a menos Schengen tengamos menos Europa.

Palabras clave: Unión Europea, África, libre circulación, xenofobia, racismo, valores, principios, ciudadanos, Schengen.

ABSTRACT

Europe not to lose its rag in order to control to «those without papers»

We find our self at a difficult crossroad in regards of the Europe of the 27. The massive influence of irregular immigration to Italy or Spain whose origin we find in the «jasmine» and war revolution in Northern Africa and Middle East are the main reasons. The limitations in the application of the Schengen convention, which are sponsored by several «founder» members and the restrictive racist or xenophobic policies that have raised in other country members, put in serious jeopardy the non-border Europe achieved by all. The European Union is a law community but also a human community founded on values and principles. The limitations announcement and the establishment of «equivalent measures» put at risk the free circulation of the «UE citizens» and «citizens within the Union». The greatest risk is that the less Schengen, less Europe.

Key words: European Union, Africa, right to move freely, xenophobia, racism, values, principles, citizens, Schengen.

SUMARIO

- I. LA PAZ: UN RECORD GUINNESS EN EUROPA.
 - II. LAS LIBERTADES ESTRUCTURALES DE LA UNIÓN, INDISPENSABLES PARA QUE FUNCIONE UN MERCADO COMÚN ÚNICO EN LA UNIÓN EUROPEA.
 - III. ¿PUEDEN DEBILITARSE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN ALCANZADA EN EL TRATADO DE SCHENGEN POR FALTA DE UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN COMÚN?
 - IV. CONCLUSIÓN: SCHENGEN DEBE SER TAMBIÉN LA GARANTÍA DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS EN QUE SE ASIENTA EUROPA.
-

I. LA PAZ: UN RECORD GUINNESS EN EUROPA

La Unión Europea como entidad política ha conseguido en los últimos 60 años un difícil **«Record Guinness»**: convivir en paz militar y política alcanzando un estatus económico inimaginable en 1945. No nos hemos peleado entre nosotros, hecho insólito, desde la prehistoria.

Esta proeza es una cota a mantener durante este siglo XXI. Los beneficiarios directos de esta **«Pax europea»** somos, evidentemente, los ciudadanos de a pie. Entendiendo por tales y en su sentido más amplio: **los ciudadanos de la Unión Europea**, pero también **los ciudadanos en la Unión** (no europeos que también viven en la Unión Europea) que también gozan de esta situación privilegiada en la Europa de los 27.

Esta paz no ha sido fruto de un **«milagro de la Virgen de Fátima»** ni de una carambola; sino que se fundamenta en el ejercicio colectivo de unos sentimientos, cultura y valores convivenciales cimentados en unos principios estructurales comunes muy fuertes. Ambos, valores y principios, no pueden limitarse ni debilitarse a través de normas o políticas coyunturales, so pena de poner en peligro este territorio privilegiado que es la Unión. No debemos olvidar que somos la envidia del resto del mundo.

Ser ricos o pobres —siendo muy importante en el mundo globalizado— es una anécdota frente al paraíso que constituye vivir en paz, pero que puede tornarse en un infierno cuando no hay paz. En especial, cuando estamos habituados a vivir en una estructura política democrática basada en el derecho; al son de unas reglas de juego respetadas, y mediante una estructura u organización política **«supranacional»** que funciona de verdad, muy a pesar de sus altibajos y dudas existenciales.

Ésta es la realidad que en 2011 se ha alcanzado en la Unión Europea.

¡No se lo cambiamos a nadie por nada! aunque la critiquemos o la pongamos en tela de juicio —con entera libertad— por culpa de una política económica determinada, una política exterior o de seguridad titubeante, unos «pepinos» contaminados, o un difícil sistema bancario. Todos quieren ser Europa, por lo que representa dentro de un mundo globalizado, convulso y falto de valores a que asirse.

Los valores se contienen y son la esencia de los Tratados constitutivos de las, entonces denominadas Comunidades Europeas. Proclamados desde 1951 (CECA) y consolidados en 1957 (CEE y EURATOM) como patrimonio europeo, de los europeos y de sus organizaciones estatales. La identidad de valores y principios culturales se intercomunican entre sí. Esta constatación se aprecia, si nos limitamos a examinar los primeros artículos del Tratado de Lisboa de 1979 (última versión acordada del Tratado de la Unión Europea), con los proclamados y garantizados en la mayoría de las Constituciones de los 27 Estados miembros. Son principios generales comunes, nacidos de una tradición grecorromana y cristiana común.

Para ilustrarlo con sólo un ejemplo, quizás etéreo e indefinible, pero real admitido por todos, cualquiera que sea su grado de cultura, conocimiento o integración política: **El respeto a la dignidad de la persona**. La dignidad figura en el artículo 10.1 de nuestra Constitución de 1978; al igual que en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

III. QUE EUROPA NO PIERDA «LOS PAPELES» PARA CONTROLAR A «LOS SIN PAPELES»

Europea (artículo 1); en las convenciones sobre Derechos Humanos, y evidentemente en los Tratados Constitutivos de la Unión.

II. LAS LIBERTADES ESTRUCTURALES DE LA UNIÓN, INDISPENSABLES PARA QUE FUNCIONE UN MERCADO COMÚN ÚNICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Se da por sabido y, lo cierto es que estamos cansados de que nos expliquen cómo se gestó, nació y qué pretendían los «padres de Europa» en los años 50 al instaurar las bases de un Mercado Común Europeo que sirvieran como plataforma de una Unión política supranacional posterior. Pero, nuestras sociedades estatales olvidando la historia reciente, no nos detenemos en valorar cuáles son los beneficios que reporta este Mercado Interior Económico y los riesgos irreparables de que pudiera llegar a quebrar. Es nuestro esqueleto común y necesario.

Con tristeza, denotamos un cierto pesimismo, cansancio debido a nuestras propias críticas pronunciadas en clave estatal o en defensa de un nacionalismo decimonónico, trasnochado y que hoy, a muchos, nos parece imposible. Estas críticas y obstáculos son el fruto de haberse culpabilizado frívolamente a Europa de ser la causante de un fracaso o mala gestión de la política y políticos en clave interna. Esta injustificada denuncia, a buen seguro, nos hace perder el sentido exacto del rumbo o de lo que se pretendía obtener en la Europa de la post Guerra y en la inimaginable, entonces, Unión actual, que creemos no tiene marcha atrás.

En los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, CEEA y EURATOM se definieron, por los padres fundadores, unos caminos que hicieran viables el llegar a alcanzar una entidad político-económica cuya base eran unas libertades esenciales y estructurales indispensables para tramitar y construir un Mercado Común. Alcanzar este Mercado, fue esencial para asentar una paz política y un bienestar de las personas/ciudadanos. La consecuencia gradual de estas políticas fue, y aún es hoy, un gran mercado; un mercado único e interior viable; siempre que, a medio plazo, se crea un caparazón o entidad política económica y monetaria supranacional, que lo ampara.

El Mercado Común europeo tiene evidentemente unos tintes y una vertiente económica. Se basaba y se forja en un sistema económico capitalista, de libre mercado y se alcanza cuando se logra la implantación efectiva de estas cuatro libertades:

- libre circulación de trabajadores;
- libre circulación de mercancías;
- libre establecimiento y libertad de servicio;
- libre circulación de capitales.

Con dicha práctica se ha conseguido un mercado común e interior único, dentro de las fronteras de la Unión distinguiéndose claramente del Mercado exterior. Para ilustrarlo con un ejemplo muy sencillo: es conseguir que sean iguales las relaciones económicas y comerciales entre un mercado estatal con los mercados del resto de los Estados de Europa sin trabas ni aranceles ni proteccionismos, ni efectos equivalentes. Es decir, que sea igual comerciar entre Madrid y Alcobendas que entre Barcelona, Dusseldorf o Dublín. En un or-

den muy familiar todos entendemos que nuestros hijos y nietos puedan moverse y estudiar con becas Erasmus. España es el principal productor y beneficiario según estadísticas de junio 2011. «*Contra factum non valet argumentum*».

Junto a estas cuatro libertades, reiteramos, de carácter económico, a su vez, paralelamente se han ido consolidando unos valores y unos principios referenciales y convivenciales que —como decíamos al inicio— son el mínimo común denominador a todos los Estados y a la propia Unión.

Debemos ser muy conscientes que en Europa, nos hallamos **en una difícil encrucijada histórica**, cargada de riesgos y de pasos en falso. Esta viene provocada, en primer lugar, por la delicadísima situación económica de muchos de sus Estados miembros, por los ataques y crisis que en ellos provocan los denominados «mercados» y fuerzas financieras opacas. Por cierto, ¿alguien puede responderme? ¿de qué nacionalidad son los tan cacareados mercados? ¿a quien defienden? Igualmente esta crisis es de valores y convivencial al enfrentarnos ante el trato discriminatorio y derechos selectivos que, progresivamente, se dispensa en los países de la UE a las personas que viven con nosotros no nacionales o están llegando masivamente por «tierra, mar y aire» a este espacio de libertad, derechos y valores a modo de tierra de promisión en que se ha convertido Europa para millones de personas del resto del mundo.

III. ¿PUEDEN DEBILITARSE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN ALCANZADA EN EL TRATADO DE SCHENGEN POR FALTA DE UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN COMÚN?

A causa del temor a una entrada masiva de inmigrantes provenientes de las revoluciones contra sus dictaduras del Norte de África y Oriente Medio, Europa automáticamente reacciona, pero no controlando solidariamente sus fronteras exteriores sino cerrando las fronteras interestatales y restableciendo *de facto* o *de iure* las desaparecidas fronteras interiores. La disputa reciente entre Francia e Italia, a raíz de la expedición de permisos temporales a «inmigrantes irregulares» por el Gobierno de Berlusconi, ha encendido la mecha. Dinamarca, Finlandia u otros países se han apuntado a unas políticas de cierre selectivo de fronteras. En España tras las elecciones municipales del 22 de mayo de 2011 en algunos importantes Ayuntamientos han ganado candidatos claramente xenófobos.

La tímida reacción del Presidente Durao Barroso y el Consejo de Ministros de la Unión en el cierre ferroviario de Francia a los trenes Italianos cargados de inmigrantes. El «*apáñatelo como puedas*» mostrado por los demás Estados miembros frente a la avalancha de tunecinos y libios en Lampedusa y en Sicilia, recuerda un poco lo que sucedió y sigue sucediendo en Canarias, Ceuta Melilla y en Andalucía no ha mucho.

Se ha puesto en tela de juicio la eficacia del Tratado de Schengen; y en vez de reforzarse las fronteras y controles exteriores, financiando políticas de prevención, tratados de repatriación y fórmulas o cuotas de distribución de la inmigración irregular, se está optando por interpretar torticeramente el significado o qué se entiende por «orden y seguridad públicas» como excepciones a la libre circulación de personas dentro del Espacio Interior de la Unión.

III. QUE EUROPA NO PIERDA «LOS PAPELES» PARA CONTROLAR A «LOS SIN PAPELES»

La Sra. Cecilia Malmström, comisaria sueca responsable de asuntos de interior en la Unión, declaró, en la presentación de la «**Comunicación sobre la inmigración**» el 4 de mayo de 2011, que debía seguir avanzándose en el seno de la Unión en una política común sobre la inmigración, y que el documento servía a modo de «catálogo de iniciativas a desarrollar». Pero añadió que para que ello llegue a buen puerto deben evitarse los planteamientos racistas o xenófobos que están imponiéndose en los países miembros y que la Unión debe llevar a cabo esta política con «claridad, responsabilidad y solidaridad».

Estamos ante una involución de lo que se había conseguido con la puesta en práctica del Tratado de Schengen y su adaptación de la política de desaparición de fronteras en el Tratado de Lisboa.

Sostenemos que una política comunitaria sobre la inmigración debe ser:

- **Clara**, sin tortuosos atajos directos o indirectos o medidas equivalentes como los incidentes habidos entre Francia e Italia.
- **Responsable**: La responsabilidad ha de ser compartida y garantizada en el seno de la Unión con las medidas que adopten las Instituciones, pero también cada uno de los Estados en sus relaciones infra y extracomunitarias.
- **Solidaria**: La solidaridad no consiste en que «cada palo aguante su vela» —España, Italia y Grecia con los flujos migratorios del sur del Mediterráneo— sino en políticas globales en la prevención de los flujos irregulares y en el reparto de las consecuencias de dichos imparable flujos, y en la política y tratados sobre repatriación y vigilancia costera conjuntos con los países origen de la inmigración irregular.

IV. CONCLUSIÓN: SCHENGEN DEBE SER TAMBIÉN LA GARANTÍA DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS EN QUE SE ASIENTA EUROPA

El Presidente del Consejo Europeo, Van Rompuy, afirmó en su reciente visita a China que «La primavera árabe recuerda que democracia, justicia y desarrollo social son universales».

No podemos por tanto poner en duda los principios que fundamentan nuestro espacio europeo, por una dispar política o independiente política ante los flujos migratorios que no se detendrán en los próximos meses y años.

Nos gustaría mucho equivocarnos y no ser agoreros de un futuro europeo difícil, que puede poner en peligro la «Pax Europea» que hemos conseguido entre todos. Si se tolera que unilateralmente se modifique y limite el espacio interior Schengen, y no se fortalece una política solidaria y común de fronteras exteriores, tolerándose y favoreciendo —por acción u omisión— el restablecimiento temporal, no excepcional, de las fronteras interiores interestatales, Europa pierde y retrocede mucho, pues está sembrando las condiciones para restablecer situaciones o políticas que considerábamos erradicadas tras la Segunda Guerra Mundial.

Lo que es cierto, seguro e imparable es que la inmigración económica y política desde países subdesarrollados o salidos de dictaduras históricas y toleradas por Europa (Túnez, Gadafi, Egipto, Siria, etc.), no se va a detener, al contrario. Por ello es más necesario que

nunca, en la reciente historia europea, establecer criterios comunes, ejercitar la solidaridad y fiarse unos de los otros evitando que los Estados de la Unión y sus nacionales piensen de nuevo en singular y no en comunitario o plural.

Prestemos todos mucha atención a no perder lo conseguido en la libre circulación de los europeos y en la garantía de derechos y libertades en Europa y para sus ciudadanos, y que un giro nacionalista y xenófobo de cierre de fronteras y de insolidaridad no conduzca a los Estados europeos a **«perder los papeles»**, restableciendo barreras y fronteras interiores en el espacio sin fronteras, bajo la excusa de controlar a los inmigrantes **«sin papeles»**.

12 junio de 2011

IV. TURQUÍA, O EL ISLAM ANTE EUROPA ⁽¹⁾

ÁNGEL LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ

*Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Jaén*

RESUMEN

Turquía, o el Islam ante Europa

La cuestión del islam preocupa a occidente desde hace varios años, de forma creciente debido a la presión de la inmigración, en gran parte de población musulmana, que plantea desafíos a los ordenamientos jurídicos europeos. En este contexto, Turquía, un país laico pero de mayoría musulmana, tiene la ambición de integrarse en la Unión Europea como miembro de pleno derecho. Turquía reconoce al Islam un estatuto privilegiado frente a otras creencias, lo que impide hablar de igualdad en materia religiosa, e incluso de auténtica libertad religiosa. Todo ello aviva el debate acerca de las raíces cristianas de Europa.

Palabras clave: Turquía, libertad religiosa, laicidad, integración en la Unión Europea, Alianza de Civilizaciones, islam, raíces cristianas de Europa.

ABSTRACT

Turkey or Islam before Europe

Islam is a matter of concern to the West for several years, increasingly because of pressure from immigration, largely composed of Muslims, which poses challenges to European legal systems. In this context, Turkey, a secular but predominantly Muslim country, has the ambition to join the European Union as full member. Turkey recognizes Islam a privileged status over other beliefs, making it impossible to speak of equality in religious matters, and even of authentic religious freedom. All this fuels the debate about Europe's Christian roots.

Key words: Turkey, religious freedom, secularism, European integration process, Alliance of Civilizations, islam, Europe's Christian roots.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. LA LAICIDAD Y EL MODELO TURCO.
 - 1. Distintos modelos de laicidad.
 - 2. La laicidad turca.
- III. EL ACERCAMIENTO DE TURQUÍA A OCCIDENTE.
 - 1. La integración de Turquía en Europa: La cuestión de las raíces y la identidad.
 - 2. Turquía y la Alianza de Civilizaciones.
- IV. CONCLUSIONES

(1) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación «Religión, Derecho y Sociedad» de la Universidad Complutense de Madrid, a través del Proyecto de Investigación «Libertad religiosa y libertad de expresión» del Ministerio de Ciencia e Innovación español (DER 2008-05283), del que es investigador principal el Profesor-Doctor Rafael Navarro-Valls.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Si el choque de civilizaciones del que se habla modernamente, con expresión de Huntington, tiene como protagonistas a occidente y al islam, en realidad no estamos hablando de un asunto nuevo. En 1453 la Constantinopla bizantina caía en manos del poder otomano, y el imperio de los turcos daba inicio a una larga era de conflictos con Europa, en la que destacan hitos como la batalla de Lepanto o los sitios de Viena. Ya antes, el cristianismo se había enfrentado al islam durante la larga Reconquista española; pero, culminada ésta, el peligro fue «el turco». Las alianzas que los europeos urdieron contra él a lo largo de los siglos contribuyeron decisivamente a la construcción de Europa.

En nuestros días, el islam es otra vez motivo de preocupación, esta vez por la fuerza de la inmigración y las repercusiones de la globalización, que hacen que el mundo musulmán sea interlocutor ineludible para los europeos, y no sólo para sus gobiernos, sino para cualquier ciudadano de a pie. Un aspecto peculiar lo ofrece de nuevo Turquía, que dejó de ser la del Imperio Otomano y se ha convertido en una república laica que avanza hacia la modernidad, y que en su viaje quiere tomar el tren de Europa, ya no mediante la conquista, sino a través de la integración en sus instituciones y en sus mercados. Este proceso no está exento de dificultades, como la cuestión kurda o la situación de Chipre, que la Unión Europea insta a resolver a Turquía, que va dando pequeños pasos hacia la dirección deseada.

Pero la libertad religiosa también se tropieza con obstáculos en el Estado turco, y así lo ponen de relieve diversos informes internacionales, como los que cada año elabora la Comisión de Libertad Religiosa Internacional de los Estados Unidos, que incluye a Turquía en su *Watch List*⁽²⁾, o los informes de seguimiento de los progresos de Turquía que la Comisión Europea realiza para comprobar el avance en el cumplimiento de los requisitos que exige para su adhesión a la Unión Europea⁽³⁾, entre otros documentos⁽⁴⁾. Además, y también a nivel europeo, la Corte de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de diferentes demandas contra Turquía, varias de ellas referentes a la violación del derecho fundamental de libertad religiosa, y que apuntan a los principales problemas que se sufren allí, como la prohibición del velo islámico⁽⁵⁾, la discriminación de los alevíes⁽⁶⁾ o las limitaciones impuestas a las minorías religiosas no musulmanas⁽⁷⁾.

(2) Esta Comisión tiene su sitio web en <<http://www.uscirf.gov>>, donde se pueden también examinar los informes mencionados.

(3) El sitio web oficial dedicado a esta cuestión es <http://ec.europa.eu/enlargement/candidate-countries/turkey/index_en.htm>.

(4) Se puede mencionar también la Resolución del Parlamento Europeo sobre las violaciones de las libertades religiosas en Turquía, *Diario Oficial* n.º C 347 de 18/11/1996, p. 0162.

(5) Vid. las SSTEDH en el caso *Leyla Şahin contra Turquía*, de 29 de junio de 2004 (Sala) y de 10 de noviembre de 2005 (Gran Sala). Más recientemente, y en relación con la prohibición de vestir indumentaria religiosa en el espacio público, vid. la STEDH en el caso *Ahmet Arslan y otros contra Turquía*, de 23 de febrero de 2010.

(6) Vid. la STEDH de 9 de octubre de 2007, caso *Zengin contra Turquía*, sobre la obligatoriedad de cursar la asignatura de religión islámica para los miembros de esta corriente religiosa. También la STEDH de 2 de febrero de 2010, caso *Sinan Isik contra Turquía*, sobre la inclusión de la afiliación religiosa en el documento nacional de identidad.

(7) Se trata sobre todo de supuestos, corrientes en Turquía, de denegación del reconocimiento de personalidad jurídica a comunidades religiosas no musulmanas (vid. la STEDH de 6 de octubre de 2009, caso *Ozbek y otros contra*

En todos estos problemas sale a relucir la peculiar combinación entre islam y laicidad vigente en Turquía desde los tiempos de la revolución kemalista. Esta laicidad con raíces otomanas y ambiciones ilustradas⁽⁸⁾ merece una parada y contextualización, sin la cual no acabaría de entenderse quién es el interlocutor que tiene ante sí Europa. Procederemos a ello, haciendo antes una referencia genérica al concepto de laicidad.

II. LA LAICIDAD Y EL MODELO TURCO

1. Distintos modelos de laicidad

Laicidad y laicismo son conceptos en boga, pero su definición no es pacífica y su aplicación se encuentra con diferencias prácticas que llevan a hablar de distintos modelos de laicidad. Como no es el objeto de este trabajo analizar tales modelos, nos vamos a limitar a esbozar sus variantes principales a partir de sus rasgos más básicos.

- Laicismo: La laicidad occidental tiene una innegable raigambre cristiana, pues la distinción entre la esfera de lo religioso y de lo político se encuentra en el mismo mensaje evangélico de Cristo: «Dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios» (*Mt* 22, 21). El problema es que la diferenciación entre estos dos ámbitos —que conoció corrupciones a lo largo de la historia— devino separación tajante con las ideas ilustradas y la Revolución Francesa, que asociaron la laicidad a la indiferencia religiosa o incluso a la hostilidad, culminando el proceso en la Ley de Separación de las Iglesias y el Estado de 1905⁽⁹⁾. A esta separación, en que el poder civil desconfió y se distancia de la religión, se la llamaría con propiedad laicismo. Se ha observado que un laicismo que no reconoce la religiosidad como una dimensión fundamental de la persona, ni la considera una contribución valiosa a la sociedad en general, lejos de facilitar la relación entre occidente y el islam, suscita críticas entre aquellos creyentes musulmanes que, apartados de los radicalismos, buscan conjugar democracia, libertad y fe religiosa⁽¹⁰⁾. Tradicionalmente, el Estado francés aparece como el modelo de un laicismo que separa radicalmente lo religioso de lo civil, aunque a lo largo de los años esta separación se ha dulcificado bastante.
- Laicidad positiva o abierta⁽¹¹⁾, y sana laicidad: El ordenamiento jurídico español, en su vigente diseño constitucional, escogió la llamada laicidad positiva —así la ha ca-

Turquía), o de limitación del derecho de propiedad de estas mismas entidades (vid. la STEDH de 3 de marzo de 2009, caso *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı contra Turquía*).

(8) Vid. E. GONZÁLEZ FERRÍN, «Antecedentes históricos en el pensamiento reformista islámico», en *Awraq*, 1 (2010), pp. 18-20. También, en general, el libro de B. LEWIS, *¿Qué ha fallado? El impacto de Occidente y la respuesta de Oriente Próximo*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2002.

(9) S. KHALIL SAMIR, *Cien preguntas sobre el islam* (trad. por M. Montes), Encuentro, Madrid, 2003, p. 80.

(10) Cfr. *ibidem*, pp. 80-81.

(11) Desarrollan el concepto de laicidad abierta J. MACLURE y C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Boreal, Quebec, 2010.

lificado nuestro Tribunal Constitucional⁽¹²⁾—, configurada como una aconfesionalidad que no excluye la atención a la realidad religiosa de la sociedad y que fomenta la cooperación con las principales confesiones religiosas. Se habla así también de una *aconfesionalidad cooperacionista*. Pese a que es un debate que algunos sectores pretenden mantener siempre encendido, lo cierto es que la opción constitucional española difiere de un modelo laicista de separación radical entre Estado e Iglesia, y la visión de la religión desde los poderes públicos no puede ser negativa, dando cabida a que las confesiones religiosas hagan su aporte a la sociedad. Este modelo de cooperación compatible con la neutralidad es el que se da en la mayoría de los ordenamientos europeos⁽¹³⁾. En este sentido caminaría también el concepto de sana laicidad, forjado en el magisterio de los pontífices católicos romanos, y muy empleado por el actual Papa, Benedicto XVI, sobre todo para recordar que la Iglesia tiene una contribución valiosa que hacer a la sociedad, y la laicidad constituiría el marco para hacerla posible, como campo de actuación donde ejercer plenamente la libertad religiosa, bajo la tutela pública⁽¹⁴⁾.

2. La laicidad turca

Turquía abolió el Califato y se convirtió en un Estado laico tras los acontecimientos que siguieron a la derrota sufrida en la Primera Guerra Mundial. La guerra contra los ocupantes extranjeros y la revolución política liderada por el general Mustafá Kemal, después llamado Atatürk (padre de los turcos), dieron origen a un nuevo sistema que, sobre la base de una sociedad que seguía siendo mayoritariamente musulmana, pretendió conducir al país hacia la modernidad.

Es importante tener en cuenta que, desde el principio, el movimiento kemalista señaló la influencia de la religión como una de las causas de decadencia del Imperio Otomano. Por eso, se consideró que el camino hacia la nueva Turquía exigía como prerrequisito liberarse de dicho influjo y evitar la presencia de la religión en el espacio público⁽¹⁵⁾. Se tomaron medidas al respecto, como la prohibición de las cofradías islámicas o la instauración del domingo como día festivo en lugar del viernes —en un claro gesto de occidentalización—. Todas las confesiones religiosas sintieron el agobio a que las sometía el nuevo régimen; pero mientras el mayoritario islam suní se vio sobre todo controlado por el Estado mediante una suerte de jurisdiccionalismo que ha llevado a que se hable de *laicismo teocrático*⁽¹⁶⁾, las minorías religiosas no musulmanas sufrieron una presión que provocó la

(12) Vid. las SSTC 46/2001, FJ 4.º o 101/2004, FJ 3.º

(13) Cfr. R. NAVARRO-VALLS, «Neutralidad activa y laicidad positiva. (Observaciones a “Para una interpretación laica de la Constitución”, del profesor A. Ruiz Miguel)», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 18 (2008), p. 22.

(14) Vid. Á. LÓPEZ-SIDRO, «La sana laicidad en el actual discurso de la Santa Sede», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 18 (2008).

(15) Cfr. R. MURAT ÖNOK, «Turkish legislation and jurisprudence regarding the wearing of the islamic headscarf in the framework of the principle of laiklik», en *Il Diritto Ecclesiastico*, CXVI, 4 (2005), pp. 989-1.026.

(16) «[E]s decir, el Estado no sólo controla la religión, sino que ha integrado el Islam (en su rama suní) en la propia Administración» [R. NAVARRO-VALLS, «Las dos almas de Turquía», en *El Mundo* (3-5-2007)].

reducción drástica de los miembros de todas las comunidades, y a la total desaparición de muchas de ellas⁽¹⁷⁾. La laicidad, o *laiklik*, como emblema del moderno Estado, se convirtió en un principio sagrado custodiado por la protección del Ejército y de los tribunales, que por distintos medios han impedido las iniciativas que se han percibido como amenazantes. Deben recordarse los golpes de Estado de 1960, 1971 y 1980, y la ilegalización del *Refah Partisi*, ganador de las elecciones generales, en 1997.

Sin embargo, no se puede creer que el principio de laicidad en Turquía haya permanecido invariable⁽¹⁸⁾. El kemalismo inicial fue tajante al desterrar la religión del espacio público, porque tenía también la intención de secularizar la sociedad⁽¹⁹⁾; pero no lo consiguió, y la introducción del multipartidismo en 1950 permitió que poco a poco el islam fuera recuperando presencia social hasta nuestros días⁽²⁰⁾. Los golpes de Estado trataron de impedir derivas islamistas, pero el actual partido en el poder, el AKP (Partido de la Justicia y el Desarrollo), que se presenta como islamista moderado, tiene antecedentes radicales, y por ello se encuentra permanentemente bajo sospecha. El momento presente puede significar un punto de inflexión, con el Gobierno de Erdogan sacando adelante reformas constitucionales que relajen la prohibición del velo, que eliminen privilegios de las fuerzas armadas o que disminuyan la independencia judicial, y, frente a él, el *establishment* kemalista, dispuesto a abortarlas⁽²¹⁾.

III. EL ACERCAMIENTO DE TURQUÍA A OCCIDENTE

1. La integración de Turquía en Europa: La cuestión de las raíces y la identidad

Hoy parece necesario reivindicar como propia de Europa, y constitutiva de su identidad, la herencia cristiana. Como nos recuerda el profesor SUÁREZ, hasta el siglo XV Europa fue conocida con el nombre de Cristiandad⁽²²⁾. Sin embargo, a pesar de que la misma Unión

(17) Sobre la situación de las minorías no musulmanas, *vid.* E. ÖKTEM, «Statut juridique des fondations des communautés non-musulmanes en Turquie: la nouvelle loi sur les fondations», en *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2 (2008), pp. 477-499.

(18) Se ha apuntado una deriva de Turquía de un Estado del tipo *active secular* a otro *passive secular*, con un control más moderado hacia la religión [*cf.* J.W. WARHOLA y E.B. BEZCI, «Religion and State in Contemporary Turkey: Recent Development in *Laiklik*», en *Journal of Church and State*, vol. 52, núm. 3 (2010), pp. 452-553]. Acerca de la evolución del principio de laicidad, con referencias específicas a las cofradías o a la vestimenta religiosa, *vid.*, respectivamente, M. SAURINA LUCINI, «Los grupos religiosos (CEMAAT) y el secularismo en la esfera pública en Turquía», en *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, 8 (2009), y R. MURAT ÖNOK, «Turkish legislation and jurisprudence...», *cit.*, pp. 989-1.026. Con un carácter más general, M. AKYOL, «La curiosa historia del islamismo radical de Turquía», en *Awraq*, 1 (2010), pp. 46-63.

(19) Sobre las principales reformas introducidas en los primeros tiempos de la República de Turquía, *vid.* R. MURAT ÖNOK, «Turkish legislation and jurisprudence...», *cit.*, pp. 993-997.

(20) Se examina el creciente protagonismo de los islamistas en la sociedad y política turcas en A. ALAM, «Islam and Post-Modernism: Locating the Rise of Islamism in Turkey», en *Journal of Islamic Studies*, 20 (2009), pp. 352-375.

(21) *Vid.* E. SOLER I LECHA, «Turquía y la UE tras el referéndum constitucional», en *Política Exterior*, vol. 24, núm. 138 (2010), pp. 58-66.

(22) *Cfr.* L. SUÁREZ, *Cristianismo y europeidad. Una reflexión histórica ante el tercer milenio*, Pamplona, 2003, p. 82.

Europea surgió investida de símbolos cristianos e impulsada por creyentes, en la actualidad la religión parece estorbar a quienes pretenden delinear el futuro de Europa. ¿Quiere esto decir que, transcurridos varios siglos desde entonces, el episodio que duró casi un milenio no dejó siquiera un rescoldo vivo y resulta, por lo tanto, despreciable? Eso pareció entender quien propuso una redacción para el Preámbulo del fallido Proyecto de Constitución para Europa en la que se pasaba de la Antigüedad greco-romana a la Ilustración, obviando la esencial aportación del cristianismo⁽²³⁾.

Sin embargo, prevalece la evidencia de que el cristianismo es protagonista de un aporte fundamental a la cultura y conformación de Europa, y también de sus principios y valores fundamentales⁽²⁴⁾, incluida la distinción entre la esfera de lo temporal y de lo espiritual⁽²⁵⁾ y los derechos humanos⁽²⁶⁾. Así lo han puesto de relieve personalidades de todos los sectores, desde el Papa JUAN PABLO II, recordando los valores europeos de innegable matriz cristiana⁽²⁷⁾, hasta el intelectual judío WEYLER⁽²⁸⁾. Se puede afirmar por tanto que, sin el cristianismo, Europa no sería Europa⁽²⁹⁾.

Volviendo al tema que nos ocupa, Julián MARÍAS afirmó que la formación europea no puede comprenderse sin la referencia constante al islam, que partió en dos el Mediterráneo y reforzó la unión de los pueblos cristianos frente al enemigo común⁽³⁰⁾. Esto fue

(23) El intento de soslayar los orígenes cristianos de Europa ya se había producido con anterioridad, en el proceso de elaboración de la Carta de Derechos de la Unión Europea.

(24) En lo que se refiere al Derecho, el peso del cristianismo es innegable: «Baste decir que en las tres pilastras en las que se basa el derecho civil europeo (familia, propiedad, contrato) son reconocibles las huellas del derecho canónico» [R. NAVARRO VALLS, «Las bases de la cultura jurídica europea», en *Conciencia y Libertad*, 15 (2003-2004), p. 12]. Vid. también T.E. WOODS, *Cómo la Iglesia construyó la civilización occidental*, Ciudadela, Madrid, 2007, pp. 229-246.

(25) «La tradición cristiana era esencialmente dualista, aceptando una oposición fundamental entre la Iglesia y el mundo: el reino de Dios y el reino de César» (C. DAWSON, *La religión y el origen de la cultura occidental*, Encuentro, Madrid, 1995, p. 65).

(26) Cfr. J. HAALAND-MATLARY, «Una cuestión de derecho natural. Las normas europeas, entre el cristianismo y el positivismo», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 4 (2004).

(27) «Estos valores representan la aportación intelectual y espiritual más característica que ha forjado la identidad europea a lo largo de los siglos y pertenecen al tesoro cultural propio de este continente. [...] atañen a la dignidad de la persona; el carácter sagrado de la vida humana; el papel central de la familia fundada en el matrimonio; la importancia de la educación; la libertad de pensamiento, de palabra y de profesión de las propias convicciones y de la propia religión; la tutela legal de las personas y de los grupos; la colaboración de todos con vistas al bien común; el trabajo considerado como bien personal y social; y el poder político entendido como servicio, sometido a la ley y a la razón, y “limitado” por los derechos de la persona y de los pueblos» (JUAN PABLO II, *Discurso a los participantes del Congreso sobre la nueva Constitución Europea, organizado por el Vicariato de Roma para la pastoral universitaria*, de 20 de julio de 2002).

(28) Vid. J. H.H. WEILER, *Una Europa cristiana. Ensayo exploratorio*, Encuentro, Madrid, 2003. Pero en él, el autor afirma que no se puede fundamentar el rechazo a la integración de Turquía en Europa en que la mayoría de su población no sea cristiana (cfr. pp. 26 y 85-86).

(29) Cfr. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ e I. MARTÍN DELGADO, «Función y estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el proceso de construcción de Europa (Algunas reflexiones a propósito del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa)», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 7 (2005), p. 3.

(30) Cfr. J. MARÍAS, *La España inteligible. Razón histórica de las Españas*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 48-49. Romero Pose escribió: «La ruptura por antonomasia de la Antigüedad tardía es el Islam. [...] Casi nos atre-

desde luego decisivo en la Reconquista española; pero más tarde también a nivel europeo, precisamente como reacción «contra el peligro turco»⁽³¹⁾, como mencionábamos en la introducción.

La Historia más reciente, sin embargo, nos dice que Turquía lleva décadas dando pasos para acercarse de forma pacífica a Europa, desde el Acuerdo de Ankara de 1963⁽³²⁾. Es el eterno aspirante a la integración en la Unión Europea, y en la Cumbre de Helsinki en 1999 se le confió el estatus de país candidato al pleno acceso. A estos efectos, la Comisión Europea emite cada año un informe sobre Turquía, al que ya nos hemos referido, para valorar sus progresos en relación con las exigencias para la integración. Parece que los últimos informes no aprecian avances significativos en los derechos de las minorías, incluidas las religiosas, pues la posición de las autoridades turcas en esta cuestión se mantiene inamovible.

Turquía también juega ante Europa una baza respecto del islam. En aquel país la religión subraya su esencia nacionalista: es un islam turco, distinto del árabe, de vocación occidental y defensor de la economía de libre mercado⁽³³⁾. Para algunos, la situación turca frente a Europa coloca a ambos interlocutores en un dilema de difícil solución: sin la integración europea, Turquía se vería abocada, más tarde o más temprano, a una radicalización islámica⁽³⁴⁾; pero si entra en Europa, el riesgo está en que ésta se acabe islamizando⁽³⁵⁾. Hace unos meses, el líder libio, Muamar al Gadafi, hizo unas declaraciones en las que pronosticaba la islamización de Europa, proceso que, según él, daría un paso decisivo con la incorporación de Turquía a la Unión Europea⁽³⁶⁾.

Tal vez por eso hay firmes opositores a esta entrada, y entre ellos destaca Francia⁽³⁷⁾, justamente el país cuyo laicismo pretendió imitar Atatürk. Se ha constatado que el componente de rechazo en los países miembros que se vincula con las diferencias culturales y

vemos a ver en el Islam la proposición exactamente contraria a lo que quiso ser Europa. [...] Con el Islam se culmina el proceso desunificador y de sesgo nacionalista que había aparecido en el África cristiana en el siglo III» (E. ROMERO POSE, *Raíces cristianas de Europa. Del Camino de Santiago a Benedicto XVI*, San Pablo, 2.ª ed., Madrid, 2006, p. 39).

(31) Cfr. J. RATZINGER, *Iglesia, ecumenismo y política*, BAC, Madrid, 1987, p. 243. Se pueden mencionar obras de la época del imperio carolino que reflejan este sentir europeo, como las de Vives (*Quam misera esset vita christianorum sub Turca*), Sepúlveda (*Cohortatio ad Carolum V ut bellum suscipiat in Turcas*) o Erasmo (*Utilissima consultatio de bello Turcis inferendo*), citadas por J.A. BERNALDO DE QUIRÓS, «La guerra contra el Imperio Turco en la *Summa de varones ilustres* de Juan Sedeño (1551)», en *Lemir*, 14 (2010), p. 229.

(32) Sobre el camino recorrido desde entonces, vid. C. HERMIDA DEL LLANO, «La necesidad de reformas en Turquía. Especial referencia a la libertad religiosa y a la libertad de expresión», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 11 (2006), pp. 6 y ss.

(33) Cfr. M. SAURINA LUCINI, «Algunas reflexiones sobre el islam oficial en la República de Turquía», en *Awraq*, XXV (2008), p. 47.

(34) Cfr. C. HERMIDA DEL LLANO, «La necesidad de reformas en Turquía...», cit., p. 13.

(35) *Ibidem*, p. 20. Vid., también, R. SPAEMAN, «Si Turquía entra en Europa, nuestro futuro será musulmán», en *Alfa y Omega* (19-01-2006), p. 27.

(36) «Gadafi en Roma: “El islam debería ser la religión de Europa”», en *ABC* (30-08-2010).

(37) Se habla de un «turco-escepticismo» en Europa: cfr. Ö. CIHAD VARDAN, «Turkey-EU relations and democracy in Turkey: Problems and prospects», en *Turkish Policy Quarterly*, vol. 8, núm. 1 (2009), p. 52.

religiosas es mayor en el caso de Turquía que en el de otros posibles candidatos⁽³⁸⁾. Por el contrario, el factor religioso no representa un problema para los propios turcos en relación con su adhesión a la Unión Europea⁽³⁹⁾.

El 6 de octubre de 2004, la Comisión Europea recomendó al Consejo de la Unión Europea iniciar negociaciones para el ingreso de Turquía en la Unión Europea. A raíz de esto, la Conferencia Episcopal alemana publicó un documento donde insistía en la necesidad de asegurar la libertad religiosa para permitir la entrada de Turquía en Europa. Y la Confederación de Conferencias Episcopales europeas (COMECE) hizo público un comunicado el mismo año en el que exponía sus reticencias a la adhesión de Turquía por los obstáculos existentes para la libertad religiosa; pero se advertía de que no existía un prejuicio religioso debido a la mayoría musulmana del país, esto es, que el problema no se encontraba en el islam. El mismo Papa Benedicto XVI, en su viaje a Turquía, insinuó su buena disposición hacia el ingreso de este país, pero también recordó los problemas que debían resolverse: «Hemos considerado positivamente el camino hacia la formación de la Unión Europea. Los agentes de esta gran iniciativa no deben dejar de tomar en cuenta todos los puntos de vista, que afectan a la persona humana y a sus derechos inalienables, especialmente la libertad religiosa, que es prueba y garantía del respeto de toda otra libertad. En toda iniciativa de unificación es necesario proteger a las minorías con sus propias tradiciones culturales y sus particularidades religiosas»⁽⁴⁰⁾.

2. Turquía y la Alianza de Civilizaciones

La Alianza de Civilizaciones es una iniciativa internacional, con el visto bueno de las Naciones Unidas, que pretende ofrecer una alternativa al famoso «choque de civilizaciones». Turquía se ha incorporado a ella con gran interés y además no ha dudado en relacionar su deseada adhesión a la Unión Europea con esta Alianza, como si el alcanzar aquella supusiera en sí una prueba del éxito de ésta⁽⁴¹⁾. Cabe preguntarse: ¿De qué lado se encuentra Turquía en la Alianza de Civilizaciones, a quién representa? Porque, siendo un país de población musulmana, alardea de su laicidad, y durante los últimos decenios ha apostado por la occidentalización y el europeísmo. ¿Es por ello, en sí misma, un laboratorio de la alianza de civilizaciones? Esto es lo que tantos observadores discuten, divididos ante las peculiaridades de la historia y la sociedad turcas y las derivas de sus gobiernos.

(38) Cfr. L.M. MCLAREN, «Explaining Opposition to Turkish Membership of the EU», en *European Union Politics*, 8 (2007), p. 267.

(39) Cfr. C. KENTMEN, «Determinants of Support for EU Membership in Turkey. Islamic Attachments, Utilitarian Considerations and National Identity», en *European Union Politics*, 9 (2008), pp. 487-510.

(40) Declaración común del Papa Benedicto XVI y del Patriarca Ecuménico Bartolomé I en Estambul (30 de noviembre de 2006).

(41) «The successful completion of Turkey's full accession into the European Union, which has been underway since 1963, will be a good example of the Alliance of Civilizations and of the coexistence of communities and individuals from different religions and cultures in a milieu of peace and tolerance» (*Republic of Turkey. Alliance of Civilizations. National Strategy 2008-2009*, p. 2, documento disponible en <<http://www.unaoc.org/repository/turkey-plan.pdf>>).

Turquía y España son copatrocinadores de la Alianza de Civilizaciones⁽⁴²⁾. Si nos detenemos en el otro miembro destacado de la Alianza, el Gobierno español del Presidente Rodríguez Zapatero, la duda es doble: ¿Se acerca éste a Turquía por su comprobada deferencia hacia el islam o lo hace atraído por su modelo de laicidad beligerante, manifestada en la prohibición de símbolos religiosos en el espacio público y el control sobre la religión? Ambos aspectos pueden resultar atractivos para el actual Gobierno de España; pero parece claro que el laicismo se postula como un elemento clave para los promotores de la Alianza, en la creencia de que constituye el asiento necesario sobre el que edificar un edificio de tolerancia y respeto a los derechos fundamentales⁽⁴³⁾. Visto así, resulta menos chocante que los dos países con mayor protagonismo en la Alianza de Civilizaciones sean Turquía y España, que tiene en el gobierno a un partido que se está destacando por una política cada vez más laicista.

El Segundo Foro de la Alianza se celebró en Estambul los días 6 y 7 de abril de 2009⁽⁴⁴⁾, y en él se ha puesto de relieve que la Alianza parece un instrumento débil y de limitado alcance, pues con su ambición de tener influencia en la educación, la juventud, los medios de comunicación o la inmigración, da la impresión de ser más un foro de iniciativas sociales y culturales que una instancia con contenido político⁽⁴⁵⁾. Lo que sí proporciona la Alianza es una imagen de tolerancia y apertura, de diálogo y buena convivencia, muy valorada en los tiempos de lo políticamente correcto, pero sin apenas sustancia.

Pero justamente la apelación al diálogo que hace la Alianza de las Civilizaciones nos remite de nuevo a la cuestión de las raíces y la identidad. Se ha insistido en que, sin atención a la propia identidad, no es posible un diálogo verdadero; y aquí occidente, más concretamente Europa, encuentra la urgencia de preguntarse si su identidad está enraizada en el cristianismo, y, si es así, debe necesariamente tenerlo en cuenta en sus relaciones con el islam⁽⁴⁶⁾. La cuestión debería haberse abordado con profundidad mucho antes, reconociendo que la voluntad original de la Unión no fue la de globalidad, sino la de crear un organismo regional, y, como tal, «requiere de una identidad que le proporcione cohesión, más aun cuando el proceso de unificación es extremadamente complejo. Y esa identidad sólo la puede proporcionar nuestra historia común, ese formidable legado judeo-cristiano que está en la base de la Ilustración y de todo el proceso jurídico y político posterior»⁽⁴⁷⁾.

(42) Vid. M. CAJAL, «El copatrocinio hispano-turco de la Alianza de Civilizaciones», en *Temas para el debate*, 135 (2006), pp. 37-39.

(43) Cfr. L. GÓMEZ LLORENTE, «Laicismo y Alianza de Civilizaciones», *Temas para el debate*, 135 (2006), pp. 43-46. En otro lugar hemos expuesto opiniones que desmienten esto: cfr. Á. LÓPEZ-SIDRO, «La sana laicidad...», cit., pp. 18-19. Cfr. también, en este último sentido, O. FUMAGALLI, «Radici cristiane d'Europa e confessioni religiose nella Costituzione europea», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 5 (2004), p. 17.

(44) Vid. sitio web del evento en <<http://www.aocistanbul.org/default.en.mfa>>.

(45) Cfr. A.R. RUBIO PLO, «Obama, Turquía y la Alianza de Civilizaciones», en *Análisis Digital*, (09-04-2009).

(46) «En la Europa futura, uno de los problemas importantes será la relación y convivencia con el islam, pero sólo en la propia autenticidad del cristianismo y en la asunción de su responsabilidad puede darse el necesario espacio para el diálogo y la convivencia» (V. RAMOS CENTENO, *Europa y el cristianismo*, BAC, Madrid, 2007, p. 129).

(47) F. PORTERO, «¿Es Turquía asimilable?», en *ABC* (19-9-2006).

Por el contrario, el proceso de ampliación parece abandonado a una inercia marcada por la incertidumbre, y ante la cada vez mayor heterogeneidad, se dificulta la toma de decisiones y se torna más ambigua la definición de lo que sea la Unión Europea, a lo que un hipotético ingreso de Turquía añadiría una pérdida de rumbo colectivo superior al de cualquier otro candidato⁽⁴⁸⁾.

IV. CONCLUSIONES

Parece evidente que una Turquía inserta en Europa influiría en las relaciones de ésta con el mundo islámico⁽⁴⁹⁾, pero no queda tan claro en qué sentido sería jugado ese papel significativo: ¿Desde la posibilidad de una mejor empatía con la problemática de los países islámicos? ¿Como una fuerza de presión a favor de las negociaciones con ellos, en detrimento de otros posibles interlocutores? ¿Como un acercamiento del islam a Europa, o bien de Europa al islam...? Ante el actual maremoto que parece sacudir una parte importante de *Dar al-Islam*, los observadores también se preguntan si Turquía va a servir de modelo para la evolución democrática de los estados que surjan de este movimiento revolucionario, y si ello representa una buena opción, o no⁽⁵⁰⁾. En cualquier caso, el Estado turco aparece hoy en el panorama internacional como un referente a tener muy en cuenta; los ojos están puestos en él, y su toma de posición no puede pasar desapercibida, también por el interés particular de los europeos.

Afirmaba hace un tiempo Marcelino OREJA: «Los islamistas no pueden ignorar, en cualquier caso, las raíces de Europa que se han ido conformando a lo largo de la historia con arreglo a unos valores y principios, que tienen su arraigo en el cristianismo»⁽⁵¹⁾. El problema no es que el islam ignore las raíces cristianas de Europa, sino que es la propia Europa la que ha ignorado esas raíces, y desde ese desconocimiento, desde esa renuncia, se enfrenta a la incorporación del vecino musulmán y todo lo que ello conlleva. Por su parte, el mundo islámico no va a recordar lo que Europa no quiere mencionar, más bien aprovechará la favorable coyuntura para sus propios intereses. No olvidemos las reivindicaciones de al-Andalus que se producen en España, cada vez con mayor descaro, incluso con propuestas concretas en la línea de cambiar la historia que se enseña en los centros educativos para que favorezca el papel de los musulmanes. Según la visión de los defensores de la recuperación andalusí, las auténticas raíces de España —y las mejores— serían las proporcionadas por el período de dominio islámico en la Península, puerta de entrada a Europa.

(48) Cfr. J.E. DE AYALA, «Carta de Europa: Los límites geográficos de la Unión Europea», en *Política Exterior*, vol. 24, núm. 138 (2010), pp. 18 y 24.

(49) Cfr. H. POPE, «Equilibrios turcos: entre la UE y Oriente Próximo», en *Política Exterior*, vol. 24, núm. 138 (2010), p. 31.

(50) Vid., entre otros, R.D. KAPLAN, «Arab democracy and the return of the Mediterranean world», en *The Washington Post* (27-2-2011), o G. PERRIER, «Un “modèle turc” pour les révolutions arabes?», en *Le monde* (16-2-2011).

(51) M. OREJA, «¿Turquía en la Unión Europea?», en *ABC* (6-9-2004).

Al margen de estas reflexiones generales, más allá de la posibilidad de que Turquía se pueda convertir en un modelo de evolución positiva para el mundo islámico⁽⁵²⁾, lo cierto es que cuando Europa se confronta con Turquía, no lo hace sólo con el islam, sino con un sistema laicista, de control de la religión por el Estado, que parece más afín a la concepción en boga en las instituciones europeas que a la norteamericana —que detecta en este modelo de laicidad una amenaza para la libertad religiosa—, un sistema que realmente parece próximo a un nuevo jurisdiccionalismo⁽⁵³⁾. No es extraño entonces que se llegue a afirmar, en un estudio holandés sobre el peso del islam en las relaciones entre Turquía y la Unión Europea, lo siguiente: «No hay razones para la sugerencia, por tanto, de que Turquía no comparta el patrimonio cultural en que se basa la UE. La Turquía moderna se caracteriza por un sistema de Estado en el que el Islam no tiene voz y el Estado controla realmente el Islam. La libertad de religión por lo tanto, constituye una demanda importante de los partidos políticos islámicos. La ley y el sistema legal se basan en los mismos principios seculares de los estados miembros de la UE»⁽⁵⁴⁾. Debería asombrar que una religión mayoritaria controlada por el Estado y una consiguiente restricción de la libertad religiosa sean vistas como valores compartidos con Europa. ¿Anhela Turquía ser europea, o se mira Europa en el espejo turco?

Así que cabe plantearse si un futuro ingreso de Turquía en la Unión Europea no supondría una apuesta definitiva de ésta por una concepción radical de la laicidad, sujeta al control estatal, y lejana de la herencia cristiana, no tanto por la incorporación del elemento islámico, sino por el rechazo a que las comunidades religiosas desarrollen un papel apreciable en la construcción de la sociedad.

(52) El Gobierno turco no duda en presentarse como una «fuente de inspiración» para el conjunto del mundo musulmán, por el «éxito de una sociedad predominantemente musulmana para lograr unos estándares contemporáneos de democracia, respeto de los derechos humanos, Estado de Derecho y buena gobernanza» [A. DAVUTOGLU, «Turquía en la UE: juntos hacia un futuro mejor», en *Política Exterior*, vol. 24, núm. 138 (2010), p. 55].

(53) «[P]uò la laicità sussistere con la soggezione al potere politico del fenomeno religioso organizzato, senza cadere in forme di neo (o di cripto) giurisdizionalismo? Può esservi autentica laicità nell'ignorare, tra i fenomeni sociali organizzati, quello religioso?» (G. DALLA TORRE, *Europa: Quale laicità?*, Milán, 2003, p. 27).

(54) NETHERLANDS SCIENTIFIC COUNCIL FOR GOVERNMENT POLICY, *The European Union, Turkey and Islam*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2004, p. 68. La traducción es nuestra.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

**NOTAS BIBLIOGRÁFICAS,
APUNTES Y CONVOCATORIAS
DESDE LAS DOS ORILLAS**

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza

- AZPARREN JOVER, E., *Las situaciones de los extranjeros en España*, DAPP-Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2011, 362 pp.
- BOE, «Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España», *BOE*, Madrid, 2011, 184 pp.
- CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, 96 pp.
- ESPLUGUES MOTA, C. y LORENZO SEGRELLES, M. de, *Legislación de extranjería*, 6.^a edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 653 pp.
- FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, traduc. de P. Andrés Ibáñez, y otros, Trotta, Madrid, 2011 (tres vols. 952, 676 y 868 pp., respectivamente).
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM-OIM), *The global economic crisis and migration: Where do we go from here?*, Ginebra, 2011, 175 pp.
- IOM-OIM, *Environmentally induced migration in the context of social vulnerability*, Ginebra, 2011, 242 pp.
- *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010. El futuro de la migración: Creación de capacidades para el cambio*, Ginebra, 2011, 294 pp.
- JIMENO BULNES, M., *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, 250 pp.
- LA SPINA, E., *Familias Transnacionales, sociedades multiculturales e integración. España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2011, 570 pp.
- MORTE GÓMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 340 pp.
- OLIVA, D.J., *El derecho al desarrollo y la cooperación internacional. Especial atención a la práctica española*, Cideal, Madrid, 2011, 216 pp.
- RIBAS MATEOS, N., *El Río Bravo Mediterráneo*, Edic. Bellaterra, Barcelona, 2011, 711 pp.
- RODRÍGUEZ PALOP, M.E., *Claves para entender los nuevos Derechos Humanos*, Catarata, Madrid, 2011, 204 pp.
- SÁNCHEZ RIBAS, J., *Reglamento de Extranjería 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011, 318 pp.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y otros, *El novísimo reglamento de extranjería*, Edic. Laborum, Murcia, 2011, 424 pp.

SEPÍN, *Legislación básica de extranjería*, Edit. Sepín, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2011, 240 pp.

VVAA, *Legislación de extranjeros*, BOE, Madrid, 2011, 776 pp.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de la trata de seres humanos: Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, 598 pp.

Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA):

INFORME DERECHOS HUMANOS EN LA FRONTERA SUR 2010-2011

(SÍNTESIS; texto completo en <<http://www.apdha.org>>)

Los últimos 10 años de Informes Frontera Sur realizados por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía describen la evolución de la inmigración irregular en nuestro país y su entorno. El desplazamiento de fronteras hacia el Sur ha tenido como consecuencia que tuviéramos que ampliar nuestra mirada que, poco a poco, se ha extendido desde el estrecho hasta el África subsahariana, pasando por todo el Magreb y sin olvidar el resto de fronteras europeas.

El acercamiento a la realidad se ha realizado desde múltiples perspectivas intentando siempre poner en primer plano a los protagonistas, las personas inmigrantes, pero sin olvidar las razones que hacen que migren en contextos peligrosos y las políticas que condicionan estas migraciones. En numerosas ocasiones hemos contado con los testimonios de los migrantes y con visiones de amigos y amigas de organizaciones afines procedentes del continente africano y europeo con los que llevamos años trabajando. Además, nos hemos desplazado y hemos mantenido una comunicación cercana con asociaciones en Marruecos y Malí principalmente, aunque también en otros países. Estos intercambios nos han permitido tener una visión de conjunto variada y compleja, algo que hemos intentado reflejar en los informes.

Al mirar atrás sorprende que desde los primeros Frontera Sur que publicamos haya temas recurrentes a los que se hace mención permanente.

Entre ellos destaca la visión de una Europa cerrada a cal y canto que violaba dentro y fuera de sus fronteras los derechos de las personas migrantes ha reafirmado su estrategia y objetivos y, desafortunadamente, España ha sido un alumno

ejemplar en la puesta en práctica y desarrollo de los mismos.

La Europa fortaleza es un tema que también aparece reflejado de forma importante en este Informe y que tiene una desgraciada actualidad en estos días.

La pasada semana 22 personas perdían la vida en las costas de Granada. Esta semana hemos conocido con horror cómo la OTAN desatendía el deber de socorro dejando abandonados a decenas de personas muchas de las cuales finalmente perdieron la vida de hambre y sed.

La Europa Fortaleza

El capítulo «**La Europa Fortaleza al desnudo**» aborda de forma extensa los cambios que se han producido en los flujos migratorios, que hace años transcurrían hacia España y hoy lo hacen de forma importante hacia Grecia e Italia.

La llegada de embarcaciones a las costas europeas vía marítima se redujo de forma considerable durante el año 2010. Las cifras de llegadas irregulares cayeron de 65% en Italia, 98% en Malta, 99% en las Islas Canarias, 76% en las islas Griegas.

Comparando con el año 2008, Italia vio en aquella época llegar 29.500 inmigrantes irregulares frente a los 3.400 llegados durante los diez primeros meses de 2010. La evolución es similar en los países citados anteriormente: para Malta son respectivamente para los años 2008 y 2010, 775 y 30 entradas irregulares; para Chipre 1.000 y 7; para Grecia 30.050 y 5.400; para España 13.424 y 3.632.

Ello se ha debido al impresionante aumento de los recursos de la agencia Frontex, que ha multiplicado por 14 su presupuesto, pero de forma muy importante a la externalización de las políticas migratorias y de asilo, convirtiendo a países como Libia, Marruecos, Mauritania, Argelia o Túnez en verdaderos gendarmes de frontera de la UE.

Para ello esta última no ha dudado en usar de forma indecente la ayuda al desarrollo y los acuerdos de cooperación como instrumentos de chantaje y presión para obligar a estos países terceros a una gestión «ordenada» en el lenguaje oficial de los flujos, o, dicho de otra forma, a la fuerte represión sobre inmigrantes en tránsito por sus propias poblaciones. Con gravísimas violaciones de derechos humanos que quedan reflejadas en este informe.

El Frontex

Un instrumento esencial a nivel europeo para la implementación de la Europa Fortaleza ha sido el despliegue del Frontex, que ha multiplicado por 14 su presupuesto. El informe señala su principal problema: se trata de una agencia descontrolada. Descontrolada porque ni sus objetivos están claros ni existen organismos de supervisión o evaluación independientes, ni siquiera la propia UE. Descontrolada, además, porque su actuación no tiene que estar inspirada necesariamente por el respeto a los derechos humanos, cosa que la agencia deja en manos de los gobiernos respectivos.

Este panorama se ha resquebrajado totalmente estos primeros meses con las revueltas de los países árabes y con la situación en la frontera terrestre griega, dejando a una UE sin política y sacando a la luz las consecuencias de políticas de ultraderecha de muchos gobiernos europeos como el italiano o el francés.

Grecia

En relación a la frontera griega el informe la califica de verdadero talón de Aquiles de la política migratoria europea. Una realidad abordada en profundidad en el Informe.

Durante el año 2010 se estima en 128.000 el número de entradas irregulares en el territorio griego. En la región fronteriza de Évros, nueva puerta de Europa, se detuvo a 31.021 personas entre enero y septiembre de 2010, es decir, un crecimiento del 969% comparado con el año anterior (6.616 personas detenidas).

Grecia estaba cerrada a la inmigración irregular por vía marítima, pero no por vía terrestre. Los migrantes buscaron nuevas rutas sorteando el muro del Mediterráneo y llegando a Turquía. Los que vienen de Eritrea, de Somalia o del Sudán, han alargado su travesía que ahora pasa por Sudán, Egipto, Israel y/o Siria; o cruzan el Mar Rojo para atravesar Arabia Saudita y/o Jordania. Es una ruta muy peligrosa ya que en la frontera egipcio-israelí la policía egipcia suele cometer todo tipo de brutalidades (asesinatos de migrantes: 28 en 2008, 20 en 2009) e Israel también quiere luchar contra las migraciones y está fortaleciendo sus políticas represivas (pretende construir un muro en la frontera con Egipto, que tendría que comenzar en enero de 2012).

Para los países magrebíes, la solución se ha vuelto «más fácil»: algunos sustituyeron las pateras por los vuelos *low-cost*. Los argelinos y los marroquíes pueden realizar el viaje desde Casablanca o Argel hasta Estambul sin necesitar visados ya que existen acuerdos entre los tres países.

Las actuaciones de los gobiernos de Grecia y Turquía ante esta realidad, presionados ambos en distinta medida por las autoridades comunitarias, no pueden sino calificarse de abandono absoluto de los derechos humanos, como destapó de forma bien clara la huelga de hambre de 300 migrantes en Grecia este año.

La crisis de Lampedusa

La pertenencia de la APDHA a redes europeas como Migreurop ha permitido un seguimiento puntual de lo que sucede en la huida del Norte de África que se dirige principalmente hacia Italia y en particular a la isla de Lampedusa.

Destacar varios elementos de importancia que reflejamos.

El primero se refiere a la histeria desatada por la llegada de alrededor de 30.000 personas a Italia

y Francia que ha llegado a poner en cuestión incluso la articulación del espacio Schengen.

Esta histeria contrasta con la acogida de cientos de miles de personas en Egipto y Túnez o, por hablar de otro escenario, las 150.000 personas acogidas solidariamente por Liberia en la crisis de Costa de Marfil. Y pone en evidencia los peores instintos que atraviesa la clase dirigente europea.

El segundo elemento se refiere a que mientras se habla de apoyo a los cambios en los países árabes, se despliega la mayor fuerza de contención migratoria que se conoce en el canal de Sicilia. Una fuerza de contención, que no de ayuda y salvamento. Desde el comienzo de la crisis en Túnez posiblemente serán ya más de 1.500 las personas que han perdido la vida ante la indiferencia cuando directamente la omisión de socorro del Frontex, de la OTAN o de las armadas de los países concernidos.

Un tercer elemento, para finalizar, se refiere a las extraordinarias e indecentes presiones sobre el gobierno de transición tunecino para el control de sus costas, llegando incluso a plantear el despliegue de fuerzas militares franco-italianas en Túnez si fuera necesario.

Ceuta y Melilla

Mirando hacia otro escenario, el Informe de la APDHA hace una extensa parada en la situación de Ceuta y Melilla, quizá presente en los medios tan sólo ante acontecimientos puntuales o reflejando los conflictos fronterizos de Melilla el pasado año.

Pero lo cierto es que, como califica el Informe, Ceuta y Melilla se han convertido en espacios de «no derecho», en un limbo para centenares de personas, donde se van desgastando los sueños, las esperanzas y la propia vida. Ceuta y Melilla son calificadas como «la cárcel dulce».

No son cárceles propiamente dichas, pero sus efectos son aún peores para los que llegaron a ella.

Las entradas a Ceuta y Melilla se han incrementado de forma notable durante el año 2010, pasando de 1.108 en 2009 a 1.567 en 2010. Estas

entradas se producen de forma extraordinariamente precaria, a través de conductos de saneamiento, saltos contados a la valla y, sobre todo, intentos de entrada a nado o en pequeñas balsas de playa.

En estos intentos murieron durante el año 2010 y lo que va de 2011 no menos de once personas. Destacar la muerte de tres personas en un incendio de chabolas en Melilla.

Los CETIs están saturados y los intentos de pasar desesperadamente a la península se multiplican, como sucede en estas semanas con la planta de transferencia de basuras de Ceuta, en la que murió un inmigrante subsahariano en diciembre, o en bajos de camiones, de los que han resultado muertas ya algunas personas en la carreta de Algeciras a Málaga.

En esta realidad el Informe hace una parada para analizar la **situación de las mujeres porteadoras transfronterizas en Ceuta** y sus terribles condiciones de trabajo. La APDHA viene desarrollando un proyecto de atención y seguimiento de la realidad de estas mujeres en colaboración con asociaciones de la zona de Tetuán.

Marruecos

En esta mirada múltiple y compleja que afecta a las migraciones hacia nuestro país, como no podía ser de otra manera, el Informe hace un alto importante en la situación en Marruecos.

La UE ha primado en sus relaciones con Marruecos el control de las migraciones, de tal forma que el estatus de asociación avanzado firmado en octubre de 2008 incluye entre sus objetivos de forma explícita el control y por tanto la represión de las migraciones. Tema que periódicamente utiliza Marruecos como presión ante la UE en relación con otros temas, por ejemplo, la cuestión saharauí.

El Consejo de Migrantes en Marruecos estima en 15.000 las personas subsaharianas que en este país están bloqueadas en su intento de llegar a Europa. Un programa de la APDHA de atención a personas subsaharianas en Tánger ha permitido acercarse a su realidad.

El 40% ha sufrido duramente la violencia policial. La estancia media en Marruecos se ha

disparado hasta los cinco años. Además, las condiciones de vida se han complicado. Viven escondidos, hacinados en pisos-patera. Tienen mucho miedo y luchan cada día por la supervivencia. Sin alimentos, sin agua y sin luz y sometidos a la presión de las Fuerzas de Seguridad y de las mafias de la trata de personas, esta situación límite ha provocado que muchos de ellos empiecen a sufrir problemas mentales, que desembocan en automutilaciones y suicidio.

Las redadas violentas provocan situaciones dantescas cuando centenares de personas siguen siendo expulsadas a zonas de nadie del desierto, ante el silencio y el olvido de todo el mundo.

Del 15 al 20% son mujeres. La situación de vulnerabilidad es mayor para ellas, pues sufren violencia a todo lo largo de su proceso migratorio, lo que las empuja a «tener un patrón» para protegerlas. Esta «protección» conlleva frecuentemente dependencia y, cuando no, servidumbre y riesgo de ser maltratadas.

Mauritania

El Informe dedica un espacio a analizar la situación en Mauritania, uno de los países que ejerce con mayor eficacia su papel represivo de gen-darme de la Unión Europea.

El centro de internamiento de Nouabidou fue financiado y construido por España. El ejército español fue el encargado de la transformación de una escuela para convertirlo en centro de «acogida» de inmigrantes. Es administrado por la Media Luna Roja y la Cruz Roja Española. Su establecimiento no siguió ningún procedimiento: su existencia misma no tiene fundamento jurídico, tampoco su funcionamiento. Parece un centro fantasma, pero las violaciones de derechos que ocurren ahí son una triste realidad.

Los migrantes de origen subsahariano, independientemente incluso de que residan y trabajen en Mauritania, son detenidos al margen de cualquier procedimiento: no reciben ninguna información o notificación y no se puede realizar ningún recurso legal. Una vez más, se viola el derecho de **no ser detenidos arbitrariamente y fuera de un marco legal**. Son encerrados en el Centro en condiciones inhumanas y cuando existe un

cupo suficiente para «completar el cargamento» son enviados a las fronteras hacia Malí.

Se trata de cumplir un cierto número de expulsiones que justifique al gobierno ante la UE y así recibir las cuantiosas ayudas que se están recibiendo para el control y el rearme de la policía de fronteras.

Incumpliendo así la tradición de acogida y apertura que históricamente ha tenido toda la zona.

La gestión de los flujos en España: la primera víctima son los derechos humanos

Como se podrá leer detalladamente en el análisis de gestión de flujos migratorios del presente Informe, las cifras relativas a la inmigración irregular desde el Sur han sufrido cambios significativos. El descenso de la llegada de inmigrantes a nuestras costas es abrumador, y oscila de las 23.486 personas que llegaron en 2001 a las 5.199 que lo hicieron en 2010, pasando por el repunte de 41.180 de 2006.

En total, la llegada de inmigrantes sin papeles por las fronteras de España ha descendido en un 38,5% en el período comprendido entre 2009 y 2010, según las cifras manejadas por APDHA. Aunque el Ministerio de Interior de España publicó una bajada de llegadas de 50,1% en comparación con el año 2009, realmente el descenso que se deduce de sus cifras, según decíamos arriba, es de un 38%.

En la siguiente tabla, mostramos los datos obtenidos según el seguimiento efectuado por la APDHA en los últimos tres años:

Datos según seguimiento APDHA	2008	2009	2010
Andalucía	3.720	4.412	2.921
Levante	780	880	623
Ceuta y Melilla	1.140	1.108	1.567
Canarias	9.932	2.328	258
Total	15.572	8.728	5.369

La gran mayoría de los inmigrantes irregulares que llegaron a las fronteras españolas vienen de

países subsaharianos. En el año 2010 llegaron 1.817 subsaharianos a las costas españolas. Esto implica un descenso del 39,76% en el año 2010 comparado con el año 2009. Tras la población subsahariana, la mayoría de inmigrantes provienen de Marruecos y Argelia, aunque también hemos percibido que ha descendido el flujo de inmigración desde estos países. En el año 2010 se contabilizó un total de 265 marroquíes y 775 argelinos.

El descenso de las llegadas clandestinas por el mar a las fronteras marítimas se puede ver desde varias perspectivas distintas. La primera de estas perspectivas es la del gobierno español, que se presenta tanto como víctima de la inmigración como salvador de vidas en el mar. Aparenta ser una víctima porque el objetivo de la política migratoria de la UE y España es cortar las posibilidades de acceder al continente a los inmigrantes del tercer mundo. También se presenta como prestador de una labor humanitaria porque salva a muchos inmigrantes de morir en el mar.

Pero también se puede ver desde la perspectiva del cierre de las esperanzas, desde la desesperación para todo un continente al que han cortado todas las salidas. O incluso mirando las consecuencias que no se notan inmediatamente o son enmascaradas por la crisis, de la necesidad real de inmigrantes en Europa y España.

O, finalmente, tal vez podamos mirarlo desde la perspectiva de la degradación del respeto a los derechos humanos en la gestión de los flujos migratorios o en la cantidad de personas que, pese a todo, siguen perdiendo la vida en el intento.

El Informe aborda algunas de las consecuencias del cierre de fronteras, particularmente el caso de las mujeres embarazadas, el aumento de los medios extraordinariamente precarios como las balsas de juguete utilizadas para llegar a Cádiz o la situación de la trata de personas, consecuencia directa de las políticas que obligan a la clandestinización de los flujos.

Finalmente en cuanto a las personas que perdieron la vida en su intento de llegar a territorio español, las cifras de 2010 (131 personas) se acercan mucho a las de 2001 (88 personas), frente a las de 2006 y 2007 que rondaron las 1.000

personas muertas. Esta bajada en el número de fallecidos, de lo que sin duda tenemos que alegrarnos, no puede esconder la realidad: siguen muriendo personas en sus periplos migratorios, muchas en nuestras fronteras directas y muchas otras en nuestras fronteras externalizadas.

Zona en la que perdieron la vida los inmigrantes que se dirigían a España en 2010, según el seguimiento de la APDHA:

Zona	N.º personas M/D
Mauritania	3
Argelia	32
Ceuta	7
Levante	26
Andalucía	63
Total	131

Somos conscientes de la insuficiencia de esta cifra, pues no sólo es que haya constancia de naufragios no detectados, sino que nos ha sido imposible cuantificar adecuadamente las muertes y desapariciones producidas en las costas de Mauritania y Argelia y, mucho menos, las producidas en el desierto de ambos países.

Conclusión

Diez años después de comenzar a publicar los Informes Frontera Sur constatamos que las políticas migratorias y de asilo de España y de la Unión Europea son cada vez más restrictivas; impera una visión utilitarista del inmigrante como mera mano de obra, ponen en práctica políticas de inmigración escogida, relacionan permanentemente los términos inmigración y terrorismo y no respetan el derecho a inmigrar. En la APDHA reivindicamos la libre circulación de las personas y denunciemos la violación de sus derechos en sus trayectos migratorios. Venimos haciéndolo desde hace años y continuaremos haciéndolo en el futuro.

APDHA

II. JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

A CELEBRAR



SEMINARIO INTERNACIONAL DE EXPERTOS SOBRE
«MIGRACIONES, INTEGRACIÓN E INTERCULTURALIDAD
EN LA EUROPA ACTUAL»

Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza,

27 y 28 de Octubre de 2011

JUEVES 27 DE OCTUBRE DE 2011

9.30 **Inauguración institucional.**

10.00 **Ponencia marco:** *Erradicación de la tortura y fenómeno migratorio: dificultades y progresos en el Derecho Internacional*, Fernando MARIÑO MENÉNDEZ, Universidad «Carlos III» de Madrid.

11.00 Pausa Café.

MESA I: PANORÁMICA SOBRE INMIGRACIÓN, INTEGRACIÓN E INTERCULTURALIDAD (LENGUAS DE TRABAJO: ESPAÑOL E INGLÉS).

- 11.30 — *Política de rutas migratorias: Gestionando las migraciones más allá de los Estados*, Sebastián COBARRUBIAS, M.^a Isabel CASAS CORTÉS y John PICKLES, University of North Carolina.
- *Integration, Immigration, Indignation: Reinventing Citizenship and Democracy in Spain*, Parvati NAIR, Centre for the Study of Migration, University of London.
- *Pero: ¿qué entendemos por Interculturalidad?*, Ángel G. CHUECA SANCHO, INTERMIGRA y Universidad de Zaragoza.
- *El papel de las asociaciones de inmigrantes en la integración: algunas reflexiones a nivel europeo*, M.^a Jesús HERRERA, Organización Internacional para las Migraciones-Madrid.
- *Migraciones, Integración y Comunidad Iberoamericana de Naciones*, Cástor M. DÍAZ BARRADO, Universidad «Rey Juan Carlos».

MESA II: MIGRACIÓN E INTEGRACIÓN TRAS EL TRATADO DE LISBOA (LENGUAS DE TRABAJO: ESPAÑOL E INGLÉS).

- 17.00 — *Migración e Integración vistas desde las Instituciones de la UE (título provisional)*, funcionario de la UE (a determinar).
- *The Changing Relevance of Immigrant Integration in the Policy Agenda of the EU (1975-2010)*, Marcello CARAMMIA, Università di Catania.
- *¿Avanzando en la política de inmigración europea? Las políticas de integración desde el Tratado de Lisboa*, Gemma PINYOL, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Gobierno de España.
- *Los derechos de los inmigrantes irregulares al hilo de la evolución del Derecho de la Unión Europea*, Juan José MARTÍN ARRIBAS, Universidad de Burgos.

MESA III: ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES PARA LA INTEGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA (LENGUAS DE TRABAJO: ESPAÑOL).

- 19.15 — *Visados, estado de derecho y Unión europea: la insostenible levedad de las garantías individuales*, Marcello DI FILIPPO, Università de Pisa.
- *Aventuras y desventuras de la Directiva de Retorno ante el fenómeno de la inmigración en Europa*, Juan Manuel DE FARAMINIÁN GILBERT, Universidad de Jaén.
- *Las migraciones africanas hacia Europa, elemento revelador de las tendencias excluyentes de las políticas migratorias europeas*, Lorenzo GABRIELLI, Université de Bordeaux.
- *La coherencia de la política migratoria española hacia África*, Gema SERÓN, Universidad Autónoma de Madrid.
- *El derecho de libertad de expresión en el Islam y en Europa: perspectiva comparada*, Zoila COMBALÍA SOLÍS, Universidad de Zaragoza.

VIERNES 28 DE OCTUBRE DE 2011

- 9.30 Ponencia marco** *La integración hoy: Problemas y retos (título provisional)*, Javier DE LUCAS, Universidad de Valencia.

- 10.30 Pausa café.

MESA IV: INMIGRACIÓN E INTEGRACIÓN EN FRANCIA, ITALIA, GRECIA Y ESPAÑA (LENGUAS DE TRABAJO: ESPAÑOL Y E INGLÉS).

- 11.00 — *Los criterios de integración de extranjeros en la sociedad francesa*, Olivier LECUCQ, Université de Pau.
- *Derechos de los inmigrantes en situación irregular en Italia: Entre normativa estatal y regional*, Massimiliano VRENN, Università di Pisa.
- *Albanian migrants in the Greek economy and society: a success story*, Charalambos Tsardanidis, Institute of International Economic Relations, Atenas.
- *Desarrollos recientes en la jurisprudencia del TC sobre inmigración*, Santiago RIPOL CARULLA, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).
- *Los criterios de integración de los inmigrantes en la sociedad española*, Pascual AGUELO NAVARRO (Consejo General de la Abogacía Española).

MESA V: INTEGRACIÓN Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR (LENGUAS DE TRABAJO: ESPAÑOL).

- 17.00 — *Los retos que nos deja una década de intensa inmigración*, Miguel PAJARES, Universidad de Barcelona.
- *Integración y Derecho de Familia: ¿Qué modelo demanda la actual sociedad multicultural en la UE?*, IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Universidad de Córdoba.
- *Fórmulas diferentes de protección del menor en situaciones de internacionalidad*, Pilar DIAGO DIAGO, Universidad de Zaragoza.
- *Un nuevo marco normativo para la tutela internacional del menor*, Elena ZABALO ESCUDERO, Universidad de Zaragoza.

19.30 Presentación de Comunicaciones.

20.30 **CLAUSURA DEL SEMINARIO INTERNACIONAL.**

PRESENTACIÓN DE COMUNICACIONES:

Se invita a las personas, cuya actividad esté directamente ligada con la inmigración, a presentar una Comunicación al Seminario Internacional, sobre el objeto del mismo.

La propuesta de presentación de Comunicaciones (de no más de 3000 caracteres de ordenador) debe ser enviada por correo electrónico hasta el 30 de Septiembre de 2011 a la siguiente dirección: agchueca@unizar.es. El Comité Científico decidirá sobre esa propuesta y responderá al autor/a de la misma en el plazo de 15 días.

Las comunicaciones admitidas para su presentación serán publicadas en el volumen que recogerá las Ponencias.

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL SIMPOSIO:

Secretaría de la Escuela de Práctica Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, C/ Pedro Cerbuna, 12, 50.009 ZARAGOZA - Teléfono: 976 761 490 · Fax: 976 761 499.

Correo electrónico: esprjur@posta.unizar.es

DIRECCIÓN:

Ángel G. CHUECA SANCHO, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Zaragoza.

COORDINACIÓN:

Carlos F. PONCE MARTÍNEZ, Derecho Internacional Privado, Universidad de Zaragoza.

Emilio MAGALLÓN VERDE, Derecho Internacional Público, Universidad de Zaragoza.

ORGANIZACIÓN:

— *GRUPO DE INVESTIGACIÓN: MIGRACIONES INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS, Gobierno de Aragón.*

— *GRUPO DE INVESTIGACIÓN: GOBERNANZA MUNDIAL Y UNIÓN EUROPEA, Gobierno de Aragón.*

— *INTERMIGRA (Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería).*

— *Vicerrectorado de Investigación, Universidad de Zaragoza.*

— *Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.*

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ángel G. Chueca Sancho (Universidad de Zaragoza).

Elena Zabalo Escudero (Universidad de Zaragoza).

Pilar Diago Diago (Universidad de Zaragoza).

Aurora López Azcona (Universidad de Zaragoza).

Irene Blázquez Rodríguez (Universidad de Córdoba).

Stelios Stavridis (ARAIID, Fundación Aragonesa para la Investigación y el Desarrollo).

COLABORAN:

Secretaría de Estado para la Unión Europea del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Queen Mary, University of London.

Università de Catania.

Università de Pisa.

LUGAR: Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

CORREO DE CONTACTO: EMILIO MAGALLÓN VERDE, emiliomagallonverde@hotmail.com

CELEBRADAS

VIERNES 3 DE JUNIO

14:00 h. Comida 16:00 h. 4ª Ponencia El Cine y la extranjería. • Don Eduardo Torres-Dulce Llané. Fiscal de Sala adscrito al Tribunal Constitucional. 17:00 - 19:00 h. Mesa de Trabajo 13 Políticas de informes en la nueva legislación autonómica. • Don Pablo Gómez Taviro. Director General de Inmigración de la Comunidad de Madrid. • Don Xavier Alonso. Jefe de Área de relaciones laborales y extranjería de la Generalitat de Cataluña. Mesa de Trabajo 14 Extranjería y trata. Nuevas perspectivas. • Don Joaquín Sánchez-Covisa Villa. Fiscal de Sala. Coordinador de extranjería. • Doña Eva Martínez Ambite. Presidenta de Anzadeia. Mesa de Trabajo 15 Tornos de oficio y secciones de extranjería colegiales. • Don Javier Monzó García. Vicedecano del ICA Las Palmas. • Don Jose Ignacio Rodríguez Rodríguez. Diputado 6ª Junta Gobierno ICAM. Mesa de Trabajo 16 Asociacionismo: Justicia e inmigración. • Doña Cristina Manzanedo. Pueblos Unidos. • Don José Alarcón Moreno. Presidente de Red Acoge. • Don José Miguel Sánchez Tomas. Immigra Penal. 19:30 h. Clausura oficial del congreso. 21:00 h. Cena en los Jardines de Cecilio Rodríguez del Parque del Retiro.	 XXI ENCUENTRO DE LA ABOGACIA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO "NUEVOS CIUDADANOS: NUEVOS RETOS, NUEVAS SOLUCIONES"  Consejo General de la Abogacía Española  LA LEY grupo Wolters Kluwer  Banesto  m madrid CONVIENE Lugar de Celebración PALACIO DE CONGRESOS DE MADRID
---	--

SÁBADO 4 DE JUNIO

10:30 h.

MIÉRCOLES 1 DE JUNIO

20:00 h.

Recepción

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. C.Serrano, 9
– Vino español

JUEVES 2 DE JUNIO

Palacio de Congresos. Paseo de la Castellana, 99

09:00 h.

Recepción y entrega de documentación

9:30 h.

Inauguración y discursos de apertura

10:00 h.

1ª Ponencia

Hacia un nuevo modelo de la inmigración. Derechos de los nuevos ciudadanos.

• Doña Anna Terron i Cusi. Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración del Ministerio de Trabajo.

11:00 h.

Pausa Café

11:30 - 13:30 h.

Mesa de Trabajo 1

Hacia un nuevo modelo de inmigración.

• Don Marius Gonzalez Beilluss. Director General de Inmigración de la Comunidad de Madrid.

• Doña María Segurado. Caritas Española.

• Don Enrique Barbero Rodríguez. Subdirector de ACCEM.

Mesa de Trabajo 2

Racismo y xenofobia. Detecciones precoces en puntos de entrada. La labor de los Ayuntamientos. Especial atención a los menores.

• Doña Concepción Dancausa Treviño. Delegada del Área de Gobierno de Familia y Asuntos Sociales del Ayuntamiento de Madrid.

• Don Jose Ignacio de la Mata. Abogado experto en protección de menores.

• Don Javier Ramirez Berasategui. SOS Racismo Madrid.

Mesa de Trabajo 3

Integración de los inmigrantes. Comunidades Autónomas y Ayuntamientos.

• Don Gabriel Fernandez Rojas. Viceconsejero de Inmigración de la Comunidad Autónoma de Madrid.

• Doña Laura Lopez de Cerain Salasamendi. Directora General de Inmigración y Cooperación al Desarrollo del Área de Gobierno, Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid.

Mesa de Trabajo 4

Protección Internacional.

• Doña Marceia Daniel. Representante en España del ACNUR.

• Don Pedro Escribano Testaud. Magistrado adscrito a la Secretaría Técnica del Tribunal Supremo.

14:00 h.

Comida

16:00 h.

2ª Ponencia

La abogacía y el derecho de extranjería. Servicios colegiales en esta materia.

• Don Pascual Aguayo Navarro. Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española.

17:00 - 19:00 h.

Mesa de Trabajo 5

Nuevas regulaciones en el marco sancionador.

• Don Miguel Angel Gomez Lucas. Magistrado. Juez del Juzgado nº 19 de lo contencioso-administrativo de Madrid

• Don Juan Romero Sanchez. Coordinador del Servicio Jurídico del Estado en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid.

• Don Francisco Solana Puyuelo. Abogado. Colegio de Abogados de Valencia.

Mesa de Trabajo 6

Nuevos retos en los registros civiles. Nuevas regulaciones. Nacionalidades.

• Doña Gloria Bodelon Alonso. Directora General de Registros Civiles. Ministerio de Justicia.

• Doña Susana Salvador. Magistrado a cargo del Registro Civil de Madrid.

• Don Antonio Hernández de la Torre Navarro. Magistrado a cargo del Registro Civil Central.

Mesa de Trabajo 7

Centros de internamiento.

• Don Jesus Mateos Garcia. Director del CIE Madrid

• Don Antonio Viejo Llorente. Magistrado Juez de Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid. Control de CIE.

• Doña Romina Gómez Salinas. Representante Cruz Roja Madrid.

Mesa de Trabajo 8

Nuevas defensas de los inmigrantes. Más allá de las fronteras. Otra visión.

• Don Bartolomé José Martínez. Oficina del Defensor del Pueblo.

• Don Salomón Chiquier-Rabinovich. Presidente Regional en Nueva Inglaterra del Hispanic National Bar Association.

20:00 h.

Recepción en el Ayuntamiento de Madrid

VIERNES 3 DE JUNIO

10:00 - 11:00 h.

3ª Ponencia

La interminable historia de la legislación española sobre extranjería.

• Don Rafael Fernández Valverde. Magistrado Tribunal Supremo.

11:00 h.

Pausa café

12:00 - 14:00 h.

Mesa de Trabajo 9

Régimen de visados en la legislación Europea.

• Don Gil Gonzalez Garcia. Subdirector General de Extranjería de la Dirección General de Asuntos Consulares.

• Don José Félix Martín Corredora. Magistrado de lo Contencioso Administrativo. Adscrito al Tribunal Supremo.

Mesa de Trabajo 10

Derecho penal con elemento extranjero. Violencia de género.

• Don David Francisco Cubero Flores. Magistrado sección 16 de la Ilna. Audiencia Provincial de Madrid.

• Don José Luis Rodríguez Candia. Abogado Málaga.

Mesa de Trabajo 11

Diferentes marcos laborales en la legislación.

• Doña Ana Corral Juan. Responsable Departamento Migraciones de UGT.

• Don Antonio Moreno Diaz. Responsable Departamento Migraciones de COCO.

• Don Francisco Averdánio Martínez. Responsable del Departamento de Relaciones Laborales de CEDE.

Mesa de Trabajo 12

Denegación de entrada. Aeropuerto Madrid-Barajas.

• Don Carlos Salameanca Vilches. Comisario jefe del Aeropuerto de Madrid-Barajas.

• Don José Luis Santamaría Rodríguez. Abogado.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de Derecho Migratorio y Extranjería publica, con una periodicidad cuatrimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Extranjería. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. **Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: gloriasanchez@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del

autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a) LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b) ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c) RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Jurisprudencia:** Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los términos relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.
8. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.

