

*revista de*

**DERECHO  
MIGRATORIO Y  
EXTRANJERÍA**

**LEX NOVA**

# REVISTA DE

## Derecho Migratorio y Extranjería

### *Derecho de las personas en movimiento transnacional*

CONSEJO ASESOR

**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 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO. **Javier de Lucas Martín** CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **Fernando Marín Menéndez** CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD CARLOS III. **Karen Musalo** ABOGADA Y PROFESORA DEL HASTINGS COLLEGE OF THE LAW. UNIVERSITY OF CALIFORNIA (USA). **Fernando Oliván López** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID. **Manuel Pombo Bravo** REPRESENTANTE ESPECIAL DEL DIRECTOR GENERAL DE LA OIM. **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. **Elena Zabalo Escudero** CATEDRÁTICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Ricard Zapata-Barrero** PROFESOR TITULAR DE CIENCIA POLÍTICA. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA.

DIRECTOR (Coordinador)

### **Pascual Aguelo Navarro**

ABOGADO DEL R. E I. COLEGIO DE ZARAGOZA  
PRESIDENTE DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA  
DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.

DIRECTOR (Adjunto)

### **Ángel G. Chueca Sancho**

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL  
PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES.  
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2010

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.U. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	983 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
ISSN	1695-3509
DEPÓSITO LEGAL	VA. 922-2002

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

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Lex Nova. 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.

La versión **on line** de esta colección ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en [portaljuridico.lexnova.es](http://portaljuridico.lexnova.es)

## Sumario:

### [7] EDITORIAL

### ARTÍCULOS:

- [11] **I. Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010**  
LUIS FERNÁNDEZ AREVALO
- [37] **II. Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad**  
CARMEN RUÍZ SUTIL
- [55] **III. Las relaciones migratorias Unión Europea-América Latina como factor latinoamericano de cohesión**  
GEORGINA A. GUARDATTI Y ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [83] **DOSSIER: CONCLUSIONES XX ENCUESTRO DE LA ABOGACÍA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO**  
27 AL 29 DE MAYO DE 2010. BARCELONA

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [119] **I. Índice analítico de voces**
- [119] **Asilo**
  - [120] **Expulsión**
  - [126] **Derecho al trabajo**
  - [138] **Permiso de trabajo**
  - [142] **Derecho Penal**
  - [146] **Homologación de títulos**
  - [147] **Nacionalidad**
  - [154] **Régimen comunitario**
- [173] **II. La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas**  
LUIS LAFONT NICUESA

[187] **III. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería (Crónica jurisprudencial, 1-Enero-2009-30-Junio-2010)**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[217] **IV. El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la entrada en vigor del Protocolo Adicional n.º 14 en junio de 2010)**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

## CRÓNICAS LEGISLATIVAS:

[233] **I. Crónica legislativa**

[233] **Fuentes internas**

[233] **Fuentes internacionales**

[234] **Fuentes de la Unión Europea**

[237] **II. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas**

## ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[249] **I. Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes**

MARÍA BELÉN OLMOS GIUPPONI

[275] **II. El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales**

MONTSERRAT ABAD CASTELOS

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS:

[297] **I. Notas bibliográficas**

[313] **II. Jornadas sobre Extranjería**

## Contents:

The **on-line** version of this collection has been selected by the CGPJ for being used by the members of the judicial career, it can be consulted in [portaljuridico.lexnova.es](http://portaljuridico.lexnova.es).

### [7] EDITORIAL

### ARTICLES:

[11] **I. Judicial expulsion and reform of the Fundamental Law 5/2010**

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

[37] **II. Voluntary paternity in the foreigners rights and citizenship**

CARMEN RUIZ SUTIL

[55] **III. The migratory relations EU-Latin America as a LatinAmerican factor of cohesion**

GEORGINA A. GUARDATTI AND ANGEL G. CHUECA SANCHO

[83] **DOSSIER: CONCLUSIONS OF THE XX LAWYERS' CONFERENCE ON FOREIGNERS LAW AND ASYLUM**

MAY, 27TH- 29TH 2010. BARCELONA

### REPORTS OF JURISPRUDENCE:

[119] **Analytic index of voices**

[119] **Asylum**

[120] **Expulsion**

[126] **Right to work**

[138] **Working license**

[142] **Criminal Law**

[146] **Recognition of qualifications**

[147] **Nationality**

[154] **Community regime**

[173] **II. The assessment of the foreigner children's age: passport against medical tests**

LUIS LAFONT NICUESA

[187] **III. European Court of Human Rights and Immigration Law (Jurisprudential Chronic, January 1<sup>st</sup> 2009 –June 30<sup>th</sup> 2010)**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[217] **IV. The new European Court of Human Rights (the enforcement of the Additional Protocol n.º 14 in June of 2010)**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

## LEGISLATIVE REPORTS:

[233] **I. Legislative report**

[233] **Domestic sources**

[233] **International sources**

[234] **European Union sources**

[237] **II. Europe in brief. Weekly information from the Delegation in Brussels**

## RESEARCHS FROM BOTH SHORES:

[249] **I. Recent Advances of the Inter-American System in the protection of the migrants rights**

MARÍA BELEN OLMOS GIUPPONI

[275] **II. The illicit traffic of people at sea and the work of international organizations**

MONTSERRAT ABAD CASTELOS

## BIBLIOGRAPHICAL NOTES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS:

[297] **I. Bibliographical notes**

[313] **II. Conferences about foreigners affairs**

# EDITORIAL

La actualidad del trimestre estuvo acaparada por varias noticias destacadas. En primer lugar, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio, que vino a anular importantes preceptos del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al entender que el expresado Real Decreto se había extralimitado en la transposición de la Directiva 38/2004/CEE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y sus familiares a circular libremente en el territorio de los Estados miembros.

Los principales preceptos anulados son los artículos 2 y 9 y las Disposiciones Adicionales 19 y 20. El Real Decreto deberá aplicarse también a los familiares de españoles; la pérdida de la cualidad de cónyuge no se pierde por la mera separación judicial; deben contemplarse como idóneos los registros autonómicos de parejas estables para producir sus efectos en el ámbito de aplicación del Real Decreto. En el momento de escribir estas líneas todavía no tenemos noticia de que las Oficinas de Extranjeros hayan recibido instrucciones para dar cumplimiento al contenido de la sentencia, lo que puede provocar una innecesaria litigiosidad.

Otra sentencia, en esta ocasión del Tribunal Constitucional, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos del Estatuto de Autonomía, vino a aclarar diversas cuestiones relacionadas con las competencias autonómicas en materia de inmigración y extranjería.

No queremos olvidar en este recordatorio jurisprudencial la sentencia dictada por el Juzgado contencioso-administrativo n.º 2 de Sevilla, de 24 de mayo de 2010, que interpreta el nuevo artículo 38.6 de la LOEX, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 considerando que “para obtener la renovación únicamente es necesario contar con un nuevo contrato”.

En el ámbito legislativo, hay que señalar la reciente reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 –que entrará en vigor el 23 de diciembre– y tendrá una indudable incidencia en relación con la extranjería. Ya en este mes de septiembre destacaremos la publicación de la nueva Ley de Registro Civil, que esperamos ayude a resolver el caótico y obsoleto funcionamiento de los actuales registros civiles.

Por último, tenemos que destacar que el mes de agosto fue sacudido por la actuación del Gobierno francés en relación con las expulsiones colectivas de ciudadanos europeos romanes. Las polémicas medidas continúan siendo noticia de primera plana en el momento de escribir estas líneas editoriales. Es evidente que el problema tiene una dimensión europea y debe ser abordado desde ese enfoque global coordinado; pero ello no puede servir de excusa para el ilegal

comportamiento del Estado francés. La Unión Europea dispone de un sólido marco legal para combatir la discriminación de los gitanos y los Estados miembros de la Unión tienen la obligación de incorporar el contenido de estas Directivas a sus propias legislaciones nacionales.

Lógicamente, todos estos y otros temas son abordados en este número de verano de la REDMEX, así destacamos el trabajo del miembro de la Comisión Asesora de la revista, Luis Fernández Arévalo, sobre la nueva reforma del Código Penal español, la publicación de las conclusiones del XX Encuentro de la Abogacía en materia de Extranjera y Asilo, junto a otros temas de gran actualidad práctica y doctrinal. Reseñamos por su singularidad la Crónica anual de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia migratoria elaborada por el Codirector de la REDMEX, el Catedrático de Derecho Internacional Público, Ángel G. Chueca Sancho.

Para finalizar este editorial postvacacional sólo nos queda señalar el anuncio efectuado desde la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración de que el nuevo RELOEX verá la luz antes de que finalice este año 2010. Esperamos, pues, poder dar noticia del mismo en el próximo número de la REDMEX.

Sólo nos resta desear una buena lectura de la revista y, como en otras ocasiones un buen comienzo de curso, que vea disipar los negros nubarrones de la intensa crisis que venimos soportando desde hace ya demasiado tiempo.

# Artículos



LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO  
Fiscal de Sevilla  
(lluisfdez@telefonica.net)

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

# RESUMEN

### EXPULSIÓN JUDICIAL Y REFORMA DE LA LO 5/2010

El presente estudio analiza las principales reformas introducidas en la expulsión judicial sustitutiva de penas privativas de libertad regulada en el artículo 89 CP por la LO 5/2010, que pueden sintetizarse en las siguientes: 1.º) Pervivencia del criterio preferente de la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, como respuesta sustitutiva de las penas privativas de libertad; 2.º) mantenimiento de la expulsión como forma sustitutiva íntegra de penas privativas de libertad inferiores a seis años; 3.º) generalización de la expulsión como respuesta sustitutiva parcial de penas privativas de libertad –coincidente con las  $\frac{3}{4}$  partes o acceso al tercer grado– a toda clase de penas privativas de libertad, no restringiéndose a penas privativas de libertad de 6 años de prisión y superiores; 4.º) reintroducción de la posibilidad de adoptar el pronunciamiento sustitutivo en fase de ejecución, y no limitada a su adopción en sentencia; 5.º) el internamiento cautelar para ejecutar la expulsión que a modo de ejecución provisional de la pena privativa de libertad sustituida se contemplaba en la DA 17.<sup>a</sup> de la LO 19/2003 se reconduce de los Centros Penitenciarios a los Centros de Internamiento de Extranjeros; y su límite temporal se amplía de 30 días como regla general, a un plazo infranqueable de 60 días; 6.º) la prohibición de regresar a España por plazo único de diez años ahora pasa a ser graduable, entre cinco y diez años. La reforma de la LO 5/2010 hace aconsejable de futuro una reforma paralela, *mutatis mutandi*, del artículo 108 CP.

# ABSTRACT

### JUDICIAL DEPORTATION AND REFORM OF THE FUNDAMENTAL LAW 5/2010

“The present study analyzes the main reforms with regard to the judicial deportation as a substitute for sentences to prison regulated in the art. 89 of the Penal Code by the Fundamental Law 5/2010 that can be synthesized in the following ones: 1º) survival of the preferable approach of the non-resident legally foreigner’s deportation in Spain, as a substitute answer for sentences to prison; 2º) continuation of the deportation as an entire substitute way for sentences to prison lower than six years; 3º) generalization of deportation as a partial substitute answer for sentences to prison –coincident with the  $\frac{3}{4}$  parts or access to the third degree– to all kinds of sentences to prison, not being restricted to sentences to prison of 6 years and higher; 4º) reintroduction of the possibility of adopting the substitute pronouncement in enforcement phase, and not limited to the adoption in the sentence; 5º) the preventive committal to enforce the deportation that as a provisional execution of the substitute sentence to prison was already included in the 17th Addi-

Luis Fernández Arévalo

tional Provision of the Fundamental Law 19/2003 they are taken from Penitentiaries to Alien Detention Centres; and its time limit is extended to 30 days as a general rule, to an impassable term of 60 days; 6º) the prohibition of returning to Spain for a unique term of ten years becomes now gradable, between five and ten years. The reform of the Fundamental Law 5/2010 makes advisable a parallel reform in the future, mutatis mutandi, of the art. 108 of the Penal Code.

# SUMARIO

**I. Sistema penal y expulsión judicial de extranjeros.** A) El impacto en el Derecho de extranjería de la reforma del Código Penal introducida por la LO 5/2010. B) Fundamento de la expulsión judicial de extranjeros infractores penales.

**II. La expulsión judicial.** A) Las medidas repatriativas. B) Las expulsiones judiciales como medidas penales. a) Regulación legal. b) Naturaleza jurídica.

**III. La expulsión judicial del artículo 89 CP.** A) Líneas básicas de la reforma de la LO 5/2010 en cuanto a la expulsión judicial de extranjeros como forma sustitutiva de las penas privativas de libertad. B) Ámbito de aplicación subjetivo: ciudadanos extranjeros no residentes legales. a) Extranjeros en situación de estancia. b) Extranjeros en situación de residencia legal. c) Concepto de extranjero no residente legalmente en España. d) Modo de acreditarse la condición de extranjero residente (temporal o de larga duración). e) La exclusión del concepto de extranjero no residente legalmente en España de los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados. f) Exclusión de los solicitantes de asilo. C) La modalidad de la expulsión judicial sustitutiva íntegra. a) Ámbito de aplicación objetivo: penas inferiores a 6 años. b) La superada problemática de la necesidad de determinar la expulsión en sentencia. D) Expulsión sustitutiva parcial de penas privativas de libertad. a) Las exclusiones de la imperatividad de la aplicación de la expulsión sustitutiva parcial. b) La cuestión de la imperatividad de la aplicación del artículo 89,5 en el caso de penas privativas de libertad inferiores a seis años. E) Los efectos de la expulsión. a) El deber de abandonar territorio español y del espacio Schengen. b) El archivo de expedientes vinculados a la situación administrativa en España. c) La prohibición de regresar a España por plazo determinado, que ahora pasa a ser graduable.

**IV. Ejecución penal y expulsión judicial sustitutiva.** A) La ejecución de la expulsión. a) El vacío legislativo general y los principios generales aplicables. b) La regulación de la disposición adicional 17.ª de la LO 19/2003. c) La nueva solución del artículo 89.6-I CP. B) Supuesto de imposibilidad de materialización de las expulsiones judiciales sustitutivas. a) La regulación precedente. b) La nueva regulación. c) Problemática de la entrada de nuevos Estados miembros de la Unión Europea respecto de las expulsiones judiciales acordadas en sentencias firmes. C) El quebrantamiento de las expulsiones judiciales sustitutivas. a) El quebrantamiento consumado. b) El quebrantamiento intentado y detectado en frontera.

**V. La medida de seguridad de expulsión.**

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

### I. SISTEMA PENAL Y EXPULSIÓN JUDICIAL DE EXTRANJEROS

#### A) El impacto en el Derecho de extranjería de la reforma del Código Penal introducida por la LO 5/2010

La reciente reforma introducida en el Código Penal español por la LO 5/2010 –cuya entrada en vigor se producirá el 23 de diciembre de 2010– va a tener una indudable incidencia en nuestro sistema penal en general, pero además se proyecta de manera especialmente importante en el marco de la extranjería a través de diversos preceptos y materias, entre los que podemos destacar, dentro de la llamada parte general, la nueva regulación integral del artículo 89 CP, que aborda la expulsión judicial sustitutiva de penas privativas de libertad; y, a su vez, en la parte especial, la introducción del nuevo delito de trata de personas –Título VIII bis, artículo 177 bis–, así como la reforma de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros –artículo 318 bis CP–, con la modificación del delito de inmigraciones fraudulentas del artículo 313 CP, que suprime la figura del delito de inmigración clandestina de trabajadores, que había conducido en la práctica jurisprudencial a una apreciación de concurso de leyes con la consecuencia indeseada de que pese a la voluntad declarada de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, resultaba menos castigada la inmigración clandestina de una persona con fines específicos de explotación laboral, que sin una finalidad concreta declarada. Además, la reforma va a tener un fuerte impacto en los delitos contra la salud pública, donde se reducen las penas privativas de libertad máximas correspondientes a la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud –que se limitan desde 9 a 6 años– y se agrega un nuevo artículo 368-II CP con la posibilidad de imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Y aunque el carácter facultativo de dicho párrafo segundo hace discutible que pueda llegar a producir efectos retroactivos respecto de personas que estén cumpliendo condenas firmes<sup>1</sup>, el solo efecto de la reducción del tope máximo en el tipo básico antes citado, y su repercusión en la modalidad agravada por cantidad de notoria importancia, juntamente con la supresión de la modalidad agravada de introducción de sustancias estupefacientes en territorio nacional –artículo 369.1.10.<sup>3</sup>–, nos permiten augurar una fuerte repercusión de revisión de sentencias con libertad de un amplio colectivo de personas extranjeras condenadas por introducción de droga en España, detenidas en nuestros aeropuertos –las comúnmente llamadas «mulas»–, usualmente condenadas a 9 años y 1 día de prisión, que se encuentran cumpliendo su sentencia en Centros Penitenciarios españoles, que podrán ver reducidas sus condenas en una horquilla de entre 6 y 9 años de prisión, lo que previsiblemente va a determinar el licenciamiento anticipado de muchos centenares –por no decir algunos miles– de reclusos extranjeros.

#### B) Fundamento de la expulsión judicial de extranjeros infractores penales

La expulsión judicial como posible reacción punitiva imponible a una infracción penal perpetrada por un ciudadano extranjero en nuestro sistema penal vigente se encuentra recogida en

(1) Ello, dado el tenor literal del inciso segundo del párrafo segundo de la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la LO 5/2010, que excluye la reforma de penas conforme al principio tradicional de pena justificada, al señalar que «en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código».

el Código Penal aprobado por LO 10/1995, de 24 de septiembre<sup>2</sup>, contemplándola como forma sustitutiva de las penas privativas de libertad y como medida de seguridad. Nos centraremos básicamente en este estudio en el análisis de la reforma del artículo 89 del Código Penal, ya que el artículo 108 CP no ha sido retocado –pese a que como veremos, aunque sea someramente, la reforma introducida en el artículo 89 CP le hace acreedor de ciertos reajustes obligados.

La expulsión judicial aparece así como una opción del legislador<sup>3</sup> cuyo fundamento teórico es doble: de una parte, la consideración de que el delito perpetrado por el extranjero infractor le señala como una amenaza para la seguridad y/o el orden público de nuestra sociedad; y de otra parte la convicción de la inutilidad de una intervención reeducadora y de reinserción social durante el cumplimiento material de una pena privativa impuesta a un extranjero no residente legalmente en España, que no se ha integrado en nuestra sociedad o lo ha hecho con una contrastada incapacidad o ausencia de voluntad de respetar las leyes penales españolas, si está abocado a una expulsión gubernativa posterior.

La respuesta de la repatriación inmediata sustitutiva de penas privativas de libertad acordada respecto de ciudadanos infractores extranjeros determina además ventajas prácticas adicionales, de entre las que pueden destacarse las siguientes.

En primer lugar, anula el riesgo derivado de que la permanencia del ciudadano extranjero no residente legalmente y que es internado en un establecimiento penitenciario para el cumplimiento de una medida penal privativa de libertad –pena o medida de seguridad– posibilite, aun permaneciendo internado el reo, la aparición de relaciones sociofamiliares (verdaderas o fraudulentas) que se conviertan en un cauce posterior de legalización de su estancia futura en España.

En segundo lugar, la inocuización del reo, siempre que estemos en condiciones de asegurar que no podrá previsiblemente regresar a nuestro país tras su repatriación al suyo, al conseguir de este modo evitar nuevos ataques de su persona contra la ley penal española y en definitiva contra nuestra sociedad, al menos durante un período temporal judicialmente establecido, en el que dicho reo ve vedada la posibilidad de regresar.

(2) Al margen de la regulación de la expulsión como respuesta sancionadora frente a infracciones administrativas en materia de extranjería, la expulsión judicial cuenta como antecedente –dentro del sistema penal español– la Ley 16/1970, de 1 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuyo artículo quinto incluía dentro de su catálogo de medidas de seguridad como duodécima la expulsión del territorio nacional cuando se tratase de extranjeros, indicando que el sujeto a esta medida de seguridad no podría volver a España durante el plazo de cinco años; precepto que se complementaba con el artículo séptimo, que contemplaba la expulsión como medida alternativa e incluso acumulativa respecto de la que correspondiera al supuesto de peligrosidad y que fueran compatibles con la expulsión.

Más tarde, el párrafo segundo del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España –vigente hasta el 1 de febrero de 2000– estableció que «si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta».

(3) Como nota discrepante al respecto, las Enmiendas número 14 y 213, suscritas por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida, y por el Grupo Iniciativa per Catalunya-Verds, plantearon la eliminación del artículo 89 CP, basando su motivación en que «supone un trato discriminatorio en la ejecución de las penas a los extranjeros y se ha mostrado como una medida inefectiva. La expulsión debe ser una medida administrativa y no penal y además la ley de extranjería ya prevé la constancia de los antecedentes penales».

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

En tercer lugar, la reducción de los niveles de sobreocupación de un sistema penitenciario muy recargado, que ha alcanzado unas tasas casi sin parangón –con la sola excepción del Reino Unido, que presenta por lo demás tasas de encarcelamiento inferiores a las españolas– entre los países de nuestro entorno<sup>4</sup>. Aparece así como una respuesta frente a la realidad de la celda como un bien escaso<sup>5</sup>, que acaba además por ser antieconómico. Esta consideración se hace además especialmente tangible cuando el penado está abocado a una inexorable repatriación posterior por causa de su estancia irregular, y en todo caso siempre que su delito está legalmente castigado con penas superiores a un año –artículo 57.2 LOE–.

## II. LA EXPULSIÓN JUDICIAL

### A) Las medidas repatriativas

Las medidas repatriativas de extranjeros pueden ser administrativas o judiciales, según sean acordadas por Autoridades gubernativas o administrativas, o por el contrario por Autoridades Judiciales.

Dentro de las administrativas encontramos el regreso consecuente a la denegación de entrada –artículo 60 LOE, denominado retorno antes de la reforma de la Ley 2/2009–, la devolución –artículo 58 LOE– y la expulsión –artículo 57 LOE–, y aún podemos añadir la salida obligatoria –artículo 28 LOE–.

A su vez dentro de las medidas repatriativas judiciales encontramos la expulsión, sin perjuicio de las intervenciones judiciales en las medidas repatriativas administrativas, que en el orden penal se articulan a través de la autorización de internamientos, en los *habeas corpus*, así como en la autorización de materialización de expulsiones, aplicable tanto a expulsiones propiamente dichas como a regresos y devoluciones –y que serían aplicables además respecto de otras expulsiones judiciales, analógicamente (*ubi est idem ratio, ibi eadem dispositio*), ex artículo 57.7 LOE. En este estudio no vamos a abordar las expulsiones gubernativas, sino tan sólo las judiciales.

(4) Como el total de residentes en España a 1 de enero de 2010 era de 46.951.532 habitantes, según el Instituto Nacional de Estadística, esto cifra un porcentaje de 163 internos por cada 100.000 habitantes en mayo de 2010, lo que nos sitúa en el *top* de las cifras más elevadas de los países de nuestro entorno. Pero es necesario además significar que la tasa de encarcelados española era de 114 en el año 2000, 135,8 en el año 2003, y de 146 en junio de 2007.

Veamos el cuadro adjunto de tasa de encarcelados por cada 100.000 habitantes:

España	163	Mayo de 2010
Inglaterra y Gales	154	Noviembre de 2009
Portugal	105	Diciembre de 2009
Italia	97	Diciembre de 2008
Francia	96	Septiembre de 2008
Alemania	90	Marzo de 2009
Suecia	74	Octubre de 2008
Dinamarca	66	Mayo de 2009

(5) El coste diario de una persona internada en un Centro Penitenciario según datos ofrecidos en diciembre de 2009 por la Secretaría de Servicios Penitenciarios y Rehabilitación y de Justicia Juvenil dependiente del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña se evalúa en 88,29 €. A dichos costes deberán agregarse los de la materialización de la expulsión gubernativa posterior al cumplimiento material de la pena, de poder ejecutarse al amparo del artículo 57.2 LOE.

## B) Las expulsiones judiciales como medidas penales

### a) Regulación legal

Las expulsiones judiciales penales aparecen contempladas como ya se ha dicho en los artículos 89 y 108 del vigente Código Penal.

### b) Naturaleza jurídica

La primera cuestión a analizar es la naturaleza de la expulsión judicial impuesta como consecuencia jurídica penal de la comisión de una infracción penal por parte de un ciudadano extranjero.

La solución de este problema ha variado a lo largo de la evolución histórica de nuestra legislación penal, y así durante la vigencia de la Ley 16/1970, de 1 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, su naturaleza era la de medida de seguridad predelictiva sustitutiva y eventualmente acumulativa; durante la vigencia de la LO 7/1985 y hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se trataba de una figura sustitutiva de cualquier tipo de penas, pero no una medida de seguridad; el Código Penal de 1995 la ha contemplado bien como una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad, o bien como medida de seguridad no privativa de libertad que puede imponerse directamente o por sustitución de cualquier tipo de medida de seguridad.

En cualquier caso debe partirse de que la expulsión judicial analizada no constituye una pena<sup>6</sup>. Efectivamente, el examen del artículo 33 CP nos evidencia que la expulsión no aparece considerada como una pena en el catálogo de las legalmente establecidas, lo que se corrobora con el cotejo de los artículos 33, 35 y 39 del mismo texto legal.

Por el contrario, la ubicación sistemática del artículo 89 CP dentro del capítulo III del Título III del Libro I nos demuestra que en realidad constituye una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad, por lo que en principio sólo será hipotéticamente aplicable en sustitución de penas de prisión, localización permanente, y de la responsabilidad personal subsidiaria, pero no en sustitución de penas privativas de derechos, ni directamente de las multas. En ello difiere del artículo 21.2-II LO 7/1985, que la contemplaba como una forma sustitutiva de ejecución de cualquier tipo de penas.

A su vez, la regulación de la expulsión judicial como medida de seguridad en el artículo 96.3.2.<sup>a</sup> CP y desarrollada en el artículo 108 CP permite configurarla como una medida de seguridad no privativa de libertad.

Finalmente, la remisión al artículo 96 CP por el artículo 90.2 posibilita en su dicción literal la imposición de la expulsión judicial como regla de conducta imponible al concederse por el Juez de Vigilancia penitenciaria la libertad condicional, lo que ha suscitado polémicas sobre su apli-

(6) Ya en su análisis del artículo 21.2-II LO 7/1985, precedente del artículo 89 CP, el Tribunal Constitucional desde siempre rechazó la consideración de la expulsión como una pena, señalando que no constituye propiamente una modalidad del *jus puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino por el contrario una medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política de extranjería. Véanse por todas, las SSTC 242/1994, de 20 de julio, y 203/1997, de 25 de noviembre.

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

cabilidad efectiva, dividiéndose al respecto la praxis de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria. Aunque el debate no queda solucionado con la reforma de la LO 5/2010, ésta, sin embargo, refuerza los recelos a la aplicación de esta medida penal, ya que se sustraería al Juez o Tribunal sentenciador una competencia de expulsión parcial sustitutiva de la que en todo caso puede hacer uso conforme al artículo 89.5 CP.

Este último precepto, por cierto, revitaliza dos preceptos del Reglamento Penitenciario al que la reforma de la LO 11/2003 del CP había dado muerte indirectamente, al vedar la expulsión en fase de ejecución. Nos referimos en primer lugar al artículo 197.2 RP, que señala que «con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas»; y, en segundo lugar, al artículo 27 RP, que establece que «también se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad». No olvidemos que el artículo 89.5 supedita la expulsión sustitutiva parcial a la iniciativa del Ministerio Fiscal, y en consecuencia parece oportuno que por las Instituciones Penitenciarias se participe al Ministerio Fiscal la aproximación de la fecha de cumplimiento de  $\frac{3}{4}$  partes a los efectos de instar en su caso la expulsión parcial sustitutiva. Por contra, la clasificación o progresión al tercer grado se participa en todo caso al Fiscal, conforme al artículo 107 RP, si bien las notificaciones de ciudadanos extranjeros susceptibles de expulsión deberían significar expresamente esa circunstancia a efectos de su ponderación por el Fiscal.

### III. LA EXPULSIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 89 CP

#### A) Líneas básicas de la reforma de la LO 5/2010 en cuanto a la expulsión judicial de extranjeros como forma sustitutiva de las penas privativas de libertad

Las líneas básicas de la reforma del artículo 89 CP introducida por la LO 5/2010 se trazan sobre los siguientes puntos que reseñamos, que van a actuar como columnas básicas de la nueva regulación.

En primer lugar, pervivencia del criterio preferente de la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, como respuesta sustitutiva de las penas privativas de libertad.

En segundo lugar, mantenimiento de la expulsión como forma sustitutiva íntegra de penas privativas de libertad inferiores a seis años.

En tercer lugar, generalización de la expulsión como respuesta sustitutiva parcial de penas privativas de libertad –coincidente con las  $\frac{3}{4}$  partes o acceso al tercer grado– a toda clase de penas privativas de libertad, no restringiéndose a penas privativas de libertad de 6 años de prisión y superiores.

En cuarto lugar, reintroducción de la posibilidad de adoptar el pronunciamiento sustitutivo en fase de ejecución, y no limitada a su adopción en sentencia.

En quinto lugar, el internamiento cautelar para ejecutar la expulsión que a modo de ejecución provisional de la pena privativa de libertad sustituida se contemplaba en la disposición adicional 17.<sup>a</sup> de la LO 19/2003 se reconduce de los Centros Penitenciarios a los Centros de Internamiento de Extranjeros; y su límite temporal se amplía de 30 días, como regla general, a un plazo infranqueable de 60 días.

Y, en sexto lugar, la prohibición de regresar a España por plazo único de diez años ahora pasa a ser graduable, entre cinco y diez años.

## B) Ámbito de aplicación subjetivo: ciudadanos extranjeros no residentes legales

El punto de partida de la aplicación de la expulsión judicial sustitutiva de penas privativas de libertad lo constituye, en cuanto a los sujetos respecto de los que puede aplicarse esta medida penal, el que el reo sea extranjero no residente legalmente en España. Se trata de un punto constante en las sucesivas redacciones del artículo 89 CP que permanece inalterado en la reforma introducida por la LO 5/2010.

No deben confundirse las nociones de extranjeros no residentes legalmente en España y la de extranjeros en situación irregular. Para abordar el concepto de extranjero con residencia legal en España debemos recurrir a la LOE, que al abordar la regulación de las situaciones jurídicas de los extranjeros en España diferencia entre situaciones de estancia y residencia: así resulta del artículo 29.1 LOE que señala que «los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia».

### a) Extranjeros en situación de estancia

En cuanto al concepto de la situación de estancia, debe diferenciarse entre una regla general y cuatro reglas especiales:

**1.º Regla general.**—Conforme al inciso primero del artículo 30.1 LOE que «estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días».

#### 2.º Reglas especiales:

a) *Estancia de estudios, prácticas no laborales y de voluntariado.*—El propio artículo 30.1 LOE *in fine* viene a introducir una primera modalidad especial de estancia: la de estudios, prácticas no laborales y de voluntariado, al atribuir la situación de estancia conforme al artículo 33 LOE, al señalar que el concepto general de estancia precitado debe entenderse, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado».

b) *Prórroga de estancia.*—Conforme al artículo 30.2 LOE «transcurrido dicho tiempo –los 90 días iniciales–, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia». Y conforme al artículo 30.3 LOE, «en los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses».

c) *Estancia por circunstancias excepcionales.*—Finalmente, y conforme al artículo 30.4 LOE, «en los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses».

### **b) Extranjeros en situación de residencia legal**

El concepto de extranjero residente legalmente se define en el artículo 30 bis.1 LOE, conforme al cual «son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir». Finalmente, el artículo 30 bis.2 LOE señala que «los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración». Conviene significar el cambio de nomenclatura de esta segunda modalidad de residencia, la de larga duración, que antes de la entrada en vigor de la LO 2/2009 se denominaba residencia permanente.

### **c) Concepto de extranjero no residente legalmente en España**

En consecuencia, todo aquel reo extranjero que no ostente un permiso de residencia temporal o de larga duración puede considerarse como no residente legalmente, a los efectos de la estricta aplicación del artículo 89 CP, a reserva de eventuales matizaciones jurisprudenciales. Por consiguiente, a los efectos del precepto penal examinado, deben entenderse extranjeros no residentes legalmente en España los extranjeros en situación de estancia irregular y los extranjeros en situación de estancia, pero no los extranjeros que cuentan con autorización de residencia.

A este respecto conviene significar cómo no ha llegado a prosperar la enmienda 105 del Proyecto de reforma del CP, suscrita por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) que suscitó la modificación de la expresión extranjero no residente legalmente en España por la de extranjero que no se encuentre legalmente en España, basándose en la improcedencia de expulsión de extranjeros en situación de estancia legal, lo que hace evidente la intención de la voluntad final del legislador.

Ello no obstante, esto no quiere decir que el extranjero en situación de estancia, particularmente en el antaño denominado régimen especial de estudiantes, deba ser expulsado si comete un delito; no es un extranjero residente legalmente, pero sus vínculos sociales e institucionales podrán ser tenidos en cuenta a efectos de no aplicar la regla preferente de la expulsión.

### **d) Modo de acreditarse la condición de extranjero residente (temporal o de larga duración)**

Conforme al artículo 29.2 LOE, «las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda». Así pues, la condición de residente legal se justifica con la oportuna tarjeta de autorización de residencia, aludida en el artículo 4.2 LOE, que señala que «todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada».

Subsidiariamente, la condición de residente legal se justifica a través de los oportunos registros informáticos donde se graban las eventuales autorizaciones de residencia. Atendido que la

competencia para autorizar los permisos de residencia corresponde a la Administración, la certificación expedida sobre existencia o inexistencia de permiso de residencia por funcionarios de las Brigadas de Extranjería y Documentación, y por los Grupos de Extranjeros, en atención a los antecedentes informáticos del Ministerio del Interior –que deberán incorporarse a la causa penal– serán documento oficial determinante de la aplicación o inaplicación del régimen legal del artículo 89 CP. Los modelos protocolizados de atestado imponen una certificación diligenciada de la situación en España del extranjero detenido.

El derecho a la obtención de la tarjeta se complementa con un correlativo deber de conservación, al que se refiere el artículo 4.1 LOE, que establece que «los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España». El precepto se coherente con el inciso primero del artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero de 1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que señala que «los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes». La inobservancia de este deber podrá ser objeto de sanción administrativa como falta leve, conforme al artículo 26.j) de la Ley 1/1992.

#### **e) La exclusión del concepto de extranjero no residente legalmente en España de los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados**

Por eso no procede la aplicación de este sistema de sustituciones a ciudadanos de la Unión Europea<sup>7</sup> y asimilados. Por asimilados debemos entender los nacionales de Estados miembros del AEEE (Islandia, Noruega y Liechtestein) y Suiza, y además, conforme al artículo 2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo –aunque la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5.ª de lo Contencioso, ha extendido su aplicación a familiares de ciudadanos españoles–, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

- a) Su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal –la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5.ª de lo Contencioso, ha anulado la referencia a la exclusión de supuestos de separación legal.
- b) La pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, –la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5.ª de lo Contencioso, ha anulado la referencia a «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado»– y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

(7) Así, por todas, STS 1115/2007, de 29 de noviembre.

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

- c) Sus descendientes directos, y los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal –la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5.ª de lo Contencioso, ha anulado la referencia a la exclusión de supuestos de separación legal–, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.
- d) Sus ascendientes directos, y los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal –la STS de 1 de junio de 2010, Sección 5.ª de lo Contencioso, ha anulado la referencia a la exclusión de supuestos de separación legal– o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

Las razones derivan de su derecho a la elección de residencia, en atención a la normativa y jurisprudencia comunitaria, y en segundo lugar (*y ad absurdum*) a su falta de sentido práctico y efectivo por no garantizarse la *inocuización* derivada de la imposibilidad de regreso del reo, por lo que para estos casos deben regir los instrumentos generales de la ejecución penal –suspensiones, sustituciones comunes del artículo 88 CP y, en su caso, el traslado de personas condenadas–.

### f) Exclusión de los solicitantes de asilo

Aunque el CP no excluye de la aplicación de la expulsión judicial sustitutiva a los solicitantes de asilo o de protección internacional subsidiaria, la legislación de asilo les otorga esa cobertura excluyente, como se colige del artículo 18.1.d) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, que regula el derecho de asilo y la protección subsidiaria, y se corrobora en su artículo 19, cuyo apartado 1 señala que «solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. No obstante, por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración», y se corrobora en el apartado 2, que establece que «asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso».

El reconocimiento de la condición de refugiado o de la protección internacional subsidiaria conlleva la exclusión de la expulsión, por partida doble: en primer lugar, porque constituye el efecto inmediato natural y primario de su reconocimiento –artículos 5 y 36.1.a) de la Ley 12/2009–, y, en segundo lugar, porque conlleva la autorización de residencia, ostentando tanto el refugiado como la persona internacionalmente protegida la condición de residente legal –artículo 36.1.c) de la Ley 12/2009–.

## C) La modalidad de la expulsión judicial sustitutiva íntegra

El artículo 89 CP comienza por regular la expulsión judicial en su modalidad de sustitución íntegra de las penas privativas de libertad. Conforme al párrafo primero del artículo 89.1 CP, «las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español,

salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

### a) **Ámbito de aplicación objetivo: penas inferiores a 6 años**

De dicho precepto se desprende que el presupuesto objetivo de aplicación de la expulsión judicial sustitutiva íntegra es la existencia de una condena a pena privativa de libertad inferior a seis años.

En relación con este precepto podemos formular las conclusiones siguientes:

En primer lugar, que tratándose de penas privativas de libertad cuya duración sea inferior a seis años, conforme a la dicción literal del precepto, la regla general es que el Ministerio Fiscal debe solicitar la expulsión sustitutiva, y que debe ser acordada en sentencia por el Juez o Tribunal sentenciador.

En segundo lugar, que ello será aplicable respecto de penas de prisión, localizaciones permanentes, y de responsabilidades personales subsidiarias.

En tercer lugar, que las penas de prisión de 6 años y superiores quedan excluidas del régimen de la expulsión íntegra, entrando en el marco de aplicación del artículo 89.5 CP, que regula la expulsión judicial sustitutiva parcial.

Y, finalmente, que la expulsión sustitutiva íntegra –y como veremos la expulsión sustitutiva parcial– no es operativa respecto de penas privativas de derechos, y respecto de las multas caso de ser satisfechas –pero podrá operar indirectamente, respecto de la responsabilidad personal subsidiaria–.

Seguidamente procedemos a abordar una serie de cuestiones.

*1.º ¿Es aplicable a las faltas?.* –Una primera cuestión que puede suscitarse es si el régimen de expulsión judicial sustitutiva íntegra es aplicable a las penas privativas de libertad imponibles por la comisión de faltas. A la respuesta afirmativa parece conducir que el artículo 89 CP se ubique sistemáticamente en el Libro I, que aparece epigrafiado como «disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal, o de aplicación a delitos y faltas», con lo que la aplicación del artículo 89 no queda *a priori* excluida respecto de las faltas; en segundo lugar, tampoco es objeto de exclusión posterior en la disposición general contenida en el artículo 638 CP –«en la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código». La alusión a delitos excluidos –artículo 89.7 CP– no predetermina la inaplicación de la expulsión respecto de faltas, siempre que éstas sean castigadas con penas privativas de libertad, en cuanto que precisamente se está afirmando un principio de proporcionalidad punitiva proyectándolo a la necesidad de cumplimiento material de condenas en España, lo que se acomoda a unos principios retribucionistas y de prevención general, que no aparecen excluidos de la aplicación de las penas en el artículo 25.2 CE, como repetidamente ha venido declarando la doctrina del TC.

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

En la regulación introducida por la LO 11/2003, anterior a la reforma de la LO 5/2010, se defendió la respuesta negativa advirtiendo que la exclusión de la expulsión se refería a delitos, lo que parece determinar que se parte de la premisa de que la expulsión sólo procede respecto de delitos, y no de faltas; que el examen de los antecedentes de los debates de la tramitación parlamentaria evidenciaba que la intención de los parlamentarios era referir esta medida exclusivamente a delitos; y, finalmente, que el principio de proporcionalidad se quebrantaría ante la posibilidad de un internamiento de 30 días, cuando en el caso de la localización permanente su máximo era de 12 días. Esta solución negativa prevaleció en la mayor parte de la doctrina, y se aceptó en la praxis jurisprudencial menor, impulsada por la Circular de la FGE 2/2006, de 27 de julio.

Estas razones en gran medida han desaparecido tras la LO 5/2010, en la medida que en el artículo 89.1 no se menciona la voz delitos, y por cuanto el modo de ejecución de la expulsión judicial se remite a la normativa del internamiento cautelar gubernativa, cuyo límite temporal máximo es de 60 días –artículo 62.2 LOE– cuando la reforma del CP ha elevado el límite máximo de la localización permanente como pena leve a tres meses –artículo 33.4.g) CP–, lo que determina que ese principio de proporcionalidad claramente ya no puede predicarse para penas que excedan de 60 días, en relación con la duración del internamiento cautelar.

*2.º Los supuestos de exclusión imperativa de la expulsión judicial sustitutiva.*–La segunda cuestión que se suscita es la exclusión imperativa *propter rem* de la aplicación de la expulsión sustitutivas de los casos de condenas por ciertos delitos. A este respecto, el artículo 89.7 CP establece que «las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código».

Pero ello no excluye una expulsión gubernativa posterior, ya que el artículo 57.8 LOE señala que «cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad».

*3.º Los supuestos de exclusión facultativa de la expulsión judicial sustitutiva.*–La tercera cuestión que se suscita de naturaleza material o sustancial, es la excepción a la expulsión sustitutiva cuando se aprecien «razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España», lo que viene a corregir la dicción literal del texto legal antecedente, que aludía al hecho de que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un Centro penitenciario.

Ello nos obliga a interpretar qué debe entenderse por esas razones que justifican el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Una primera cuestión a significar es que no puede aceptarse la tesis de que esta expresión conlleve la improcedencia de la expulsión por apreciación de causas personales, sociales y familiares, ya que la exclusión de la expulsión se afirma por razones no derivadas de una hipotética integración social del reo, sino porque se entiende que las circunstancias concurrentes convierten la expulsión en un acto de lenidad, en una medida escasamente enérgica, pues lo procedente socialmente debiera ser el internamiento del reo en un centro penitenciario para el cumplimiento material de la pena impuesta. La literalidad finalista de la exclusión de la expulsión conlleva así que dicha medida es inadecuada porque existen razones de prevención general positiva o de retribucionismo punitivo que imponen el cumplimiento material de la pena en situación de efectivo internamiento. Con ello,

al margen de la exclusión imperativa *propter rem* del artículo 89.7 CP, se introduce su extensión a otros supuestos, que deben quedar sujetos a un criterio valorativo y discrecional judicial<sup>8</sup>, donde de entrada podría formularse como regla general la posibilidad de los casos de infracciones en los que las penas solicitadas o efectivamente impuestas excedan grandemente en su conjunto de 6 años, pues en estos casos existen razones que imponen por proporcionalidad cuantitativa el cumplimiento material de la pena desde una perspectiva retribucionista y de prevención general; y entendemos que igualmente deben tenerse en cuenta las consideraciones negativas en orden a supuestos de crimen organizado, conforme a razones expuestas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Crimen Organizado Transnacional, aprobada por la Asamblea General (A/55/383), suscrito por España, y publicado en *BOE* de 29 de septiembre de 2003, número 233. Así, el TS viene rechazándolo en los delitos contra la salud pública repetidamente, particularmente en el caso de ciudadanos extranjeros que introducen en España la droga las SSTS 1249/2004, de 28 de octubre 1546/2004, de 21 de diciembre, y posteriores. En el mismo sentido, y con más casuismo, la Circular de la FGE 2/2006, de 27 de julio.

La decisión judicial excluyente de la expulsión debe venir precedida por la audiencia del reo, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas, lo que entraña la necesidad de un debate contradictorio que, por otro lado, y por muchas vueltas y revueltas que se pretendan introducir<sup>9</sup>, es consustancial al juicio, y que en su caso puede y debe ser introducida en el debate por el

(8) Con lo cual entendemos que pervive, si bien ahora ya no limitada a la naturaleza del delito, la discrecionalidad de la decisión del Juez o Tribunal sentenciador aceptada jurisprudencialmente con carácter absoluto por la jurisprudencia anterior. Así resulta de la jurisprudencia del TS (SSTS 929/1998, de 13 de julio (RA 5837/1998); 919/1999, de 4 de septiembre (RA 5453/1999), y 1144/2000, de 4 de septiembre (RA 9767/2000), donde repetidamente se indica que el ejercicio de esta facultad no es susceptible de revisión casacional, y de la doctrina sentada por el propio Tribunal Constitucional, que señala que no existe un derecho fundamental del reo invocable para la concesión de la sustitución, descartando el derecho a la libertad, o el derecho a la reeducación y reinserción social (STC 203/1997, de 25 de noviembre, y AATC 33/1997 y 106/1997, de 10 de febrero y 17 de abril). Ahora bien, tal y como ha señalado el TC, uso de discrecionalidad no implica ausencia de motivación de la resolución judicial, lo que determinaría la posibilidad de invocar el derecho a la tutela judicial efectiva ante la carencia de una exteriorización de las razones de la decisión adoptada (STC 203/1997, ATC 106/1997). El TS ha señalado, por su parte, que era legítimo aplazar a la ejecución de la sentencia la decisión de concesión o no de la expulsión sustitutiva, sin incurrir en incongruencia omisiva (cfr. SSTS 330/1998, de 3 de marzo (RA 1984/98) y 1381/01, de 11 de septiembre (RA 7751/2001), lo que ya no procede, al tener carácter exigible su imposición en sentencia.

(9) El Informe del CGPJ a la reforma de la LO 11/2003 criticaba esa redacción, recordando que conforme a la doctrina constitucional –STC 242/1994–, no sólo debe garantizarse la audiencia del Ministerio Fiscal sino también del interesado potencialmente sometido a la medida de expulsión pues «debe ofrecérsele una oportunidad adecuada de exponer sus razones a favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectividad de otro derecho, constitucionalmente relevante del ciudadano extranjero (el del artículo 19 CE, en conexión con el artículo 13 PIDCP)». El Informe del CGPJ expresaba que a su criterio también debería ser oído el perjudicado por el delito, en especial si la expulsión frustra, de existir, las expectativas de resultar indemnizado.

La crítica del CGPJ ya entonces parecía redundante, como también la propia redacción legal criticada: la imposición en sentencia, y la previsión legal de la consecuencia sustitutiva, impone el debate sobre la aplicación o no de la excepción legal, por ser la regla general la previsión legal general aplicable.

Aun así, conviene recordar que la audiencia previa y personal del reo sigue manteniendo trascendencia, por cuanto no sólo se salvaguarda el genérico derecho de defensa, sino el de la libertad de residencia y circulación en España, reconocido en los artículos 19 CE y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, como advertió ya la STC 242/1994. En el régimen anterior a la reforma de la LO 11/2003, la audiencia del reo no exigía ser verbal ante el Juez o Tribunal, bastando el escrito del penado en que así lo solicita, ni tampoco exigía la asistencia de letrado que, sin embargo, se hace necesaria si expresamente lo solicitara, o cuando se adopte al margen de su voluntad, según la STC 203/1997, de 25 de noviembre, e insiste la STS 17/2002, de 17 de enero (RA 2002/5756), que además ha entendido jurisprudencialmente que la audiencia

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

propio Tribunal a través del interrogatorio de acusado y testigos, y que puede ser suscitado por dicho Tribunal a las partes en sus informes por aplicación del artículo 788.3-II LECrim., que posibilita que el Tribunal pueda requerir del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados, lo que es aplicable en el Procedimiento Abreviado y extensible al Procedimiento Ordinario por delitos graves por la aplicación supletoria de sus normas, aceptada jurisprudencialmente. En este sentido, la STS 273/2009, de 25 de marzo, llega a señalar que el carácter imperativo de la expulsión parece atribuirle al tribunal una cierta intervención de oficio.

*4.º La cuestión del automatismo de la expulsión como consecuencia jurídica preferente.*—Una nueva cuestión que se suscita es determinar en qué casos la expulsión no es aplicable, pues a diferencia del régimen del artículo 89 CP anterior a la reforma introducida por LO 11/2003, donde la expulsión era una facultad discrecional del Juez o Tribunal, la reforma indicada determinó un principio general de aplicación preferente y casi automática de la expulsión, ya que el artículo 89.1-I CP pasó a señalar como única causa de exclusión legal que «el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

La cuestión se había corregido jurisprudencialmente, y de hecho el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1996 contempló el retorno a la fórmula de discrecionalidad pura para el tribunal, lo que se suscitó por algunas enmiendas en el Proyecto de Ley antecedente de la Ley 5/2010<sup>10</sup>, cuyo expreso y terminante rechazo en los debates parlamentarios deja muy a las claras cuál es la voluntad real del legislador.

Pues bien, la reforma de la LO 5/2010 persiste en la expulsión con criterios de preferencia, como se desprende de los términos de imperatividad de la sustitución: «las penas (...) serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España». Es decir, la exclusión de la expulsión aparece supeditada a la valoración por el Tribunal de que haya razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un Centro Penitenciario en España.

Otra cosa es que esta voluntad real del legislador vaya a prosperar, cuando no lo hizo conforme a reinterpretaciones jurisprudenciales desde el año 2003 hasta el 2010. Su solución, desde luego, no resulta de recibo si se confronta con los instrumentos internacionales, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión circunstancias tales como el arraigo, la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al

del reo debe implicar una respuesta específica a la cuestión de la expulsión, no siendo suficiente a estos efectos invocar el derecho a la última palabra, en que no se había suscitado la cuestión.

(10) Así, la Enmienda 105 suscrita por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), que aparte de convertir en facultativa la sustitución, se complementaba por la 106, donde se expresaba como motivos excluyentes de la expulsión, aparte de la naturaleza del delito, «que concurren en el condenado circunstancias personales, sociales o familiares que aconsejen su expulsión del territorio nacional». En un sentido similar, la Enmienda 210 suscrita por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión. Así, las SSTEDH de 18 de febrero de 1991 –caso *Moustaquim*–, de 30 de octubre de 1991 –caso *Soering*–, de 26 de marzo de 1992 –caso *Beldjoudi*–, de 15 de noviembre de 1996 –caso *Cruz Varas*– y de 2 de mayo de 1997 –caso *Chahal*–. Acogiendo esta crítica, el TS ha venido estableciendo la necesidad de ponderar esas circunstancias personales, y en su STS 901/2004, de 8 de julio, acaba por concluir que «para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, **parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión.** Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad».

La jurisprudencia precedente puede entenderse plenamente consolidada tras las SSTS 710/2005, de 7 de junio; 906/2005, de 8 de julio; 1120/2005, de 28 de septiembre; 366/2006, de 30 de marzo; 1231/2006, de 23 de noviembre; 35/2007, de 25 de enero; 108/2007, de 13 de febrero; 140/2007, de 26 de febrero; 166/2007, de 14 de febrero; 682/2007, de 18 de mayo; 125/2008, de 20 de febrero; 165/2009, de 19 de febrero, y 498/2009, de 30 de abril, entre otras muchas, por lo que el empecinamiento del legislador en excluir la valoración de los antecedentes individuales, familiares y sociales no parece previsible que haga modificar esta reinterpretación jurisprudencial, plenamente consolidada, y que se acomoda a criterios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforme a interpretación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, dichas circunstancias deben ser introducidas en el debate, pues el criterio general, acreditada la condición de extranjero no residente legalmente en España, es la expulsión, como últimamente subraya clarificadoramente el Tribunal Supremo, incluso subrayando que no se supedita a la previa petición del Fiscal, y sin que ello entrañe vulneración del principio acusatorio desde el punto y hora que es consecuencia legal preceptiva alternativa, y que además es menos onerosa que una privación de libertad –SSTS 273/2009, de 25 de marzo, y 165/2009, de 19 de febrero–.

#### **b) La superada problemática de la necesidad de determinar la expulsión en sentencia**

Una importante novedad de la LO 11/2003 fue que la decisión de la expulsión judicial sustitutiva debía realizarse en la propia sentencia, lo que dio lugar al menos a dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional proscribiendo la expulsión judicial sustitutiva no en sentencia, sino en fase de ejecución –SSTC 145/2006 y 110/2009–, por atentatoria contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El criterio favorable a la imposición fuera de sentencia y en incidente de ejecución había sido, sin embargo, objeto de inmediata corrección interpretativa por la Circular de la FGE 2/2006, que lo permitía en dos casos excepcionales –en los que no concurrían las censuras explícitas del Tribunal Constitucional–:

1.º Cuando la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia, en cuanto

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

no existiría aquí una alteración esencial del contenido del fallo, lo que se confirmaba por jurisprudencia del TS anterior, iniciada a partir de finales del año 2004<sup>11</sup>, jamás cuestionada en sede del Tribunal Constitucional, por el momento.

- 2.º Cuando quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo, al entender que en tal contexto, valorada la sustitución como beneficio, no se conculcaría ninguna garantía de éste y por contra podría entenderse que si el fallo no se ha pronunciado, pese a concurrir los requisitos legales, se le ha privado injustificadamente de un beneficio; supuesto éste que además se avalaba por el hecho de que especialmente de no existir acusaciones particulares, aunque formalmente se quebrara el principio de intangibilidad de resoluciones judiciales firmes, no se atentaría contra el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Tras la reforma de la LO 5/2010, la posibilidad de adoptar el pronunciamiento en sentencia ya no es la única que aparece contemplada en la dicción literal del artículo 89.1, cuyo párrafo segundo ahora establece, respecto de la expulsión judicial íntegra, que «también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas».

En relación con este precepto, se suscitan dos cuestiones: la de los recursos contra el auto resolutorio de este incidente, y si será admisible el incidente a penas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LO 5/2010 o, en su caso, a penas impuestas por hechos anteriores a la entrada en vigor de dicha reforma legal.

1.º *Recursos contra el auto resolutorio del incidente en fase de ejecución.*—La cuestión no admite dudas en el caso de resoluciones del Juzgado de lo Penal: siempre será factible el recurso de apelación y en su caso de queja —artículo 766 LECrim—.

Si la resolución es de la Audiencia pueden suscitarse dudas, ya que en principio cabrá en todo caso recurso de súplica, y si bien antes de la reforma de la LO 5/2010 podía esgrimirse la posibilidad de casación de entenderse que se trata de un pronunciamiento que debió haberse articulado originariamente en sentencia, y en algunas resoluciones del Tribunal Supremo así se ha sugerido, esta posibilidad parece excluirse desde el momento en que la ley penal habilita expresamente el incidente de ejecución. A este respecto, la jurisprudencia del TS viene estableciendo —SSTS 1038/2009, de 3 de noviembre, y 539/2002, de 25 de marzo— que los autos dictados en ejecución de sentencia sobre suspensión de condena o sustitución de las penas privativas de libertad no son recurribles en casación, basándose en que el artículo 848 LECrim señala que «contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso». Este auto no sería así impugnabile en casación al no existir disposición legal alguna que autorice tal recurso.

2.º *La posible retroactividad del incidente.*—Aunque el principio de legalidad en su proyección de la garantía jurisdiccional en su manifestación ejecutiva —artículo 3.1 CP— no exige una preterminación normativa de la ley penal aplicable respecto de la fecha de comisión de los hechos

(11) Así, las SSTS 1249/2004, de 28 de octubre; 514/2005, de 22 de abril; 1440/2005, de 23 de noviembre, y 1132/2005, de 7 de diciembre.

base de la condena, con lo que en puridad su aplicación no entrañaría una retroactividad propiamente dicha, sino una aplicación de una ley sobrevenidamente vigente *con efectos inmediatos*, la doctrina sentada en la STS 748/2006 respecto de la aplicación del período de seguridad parece permitir que el reo y su defensa podrán oponerse a la expulsión en fase de ejecución, al no existir una disposición transitoria que la contemple, siempre que los hechos base de la condena sean anteriores al 23 de diciembre de 2010; lo que no quita que si el reo la consiente pueda aplicarse como ley más favorable, y de hecho se venía aceptando como se ha expuesto conforme a la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado.

#### D) Expulsión sustitutiva parcial de penas privativas de libertad

La LO 5/2010 ha mantenido la segunda modalidad de expulsión judicial sustitutiva parcial de penas privativas de libertad, pero incorpora una primera novedad: no se establece con carácter exclusivo para penas privativas de libertad cuya duración se establezca a partir de 6 años, sino que es aplicable a toda clase de penas privativas de libertad, lo que quiere decir que a partir de 6 años, pero también a penas inferiores.

Pero además se extrae su regulación del párrafo segundo del artículo 89.1 trasladándose al artículo 89.5 CP, lo que fue censurado en el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006 por la posibilidad de generar dudas interpretativas –que nadie seriamente puede sostener, pero que podía suscitar la nueva ubicación, muy defectuosa sistemáticamente– sobre la aplicación de los apartados 2 a 4 del artículo 89 CP a esta segunda modalidad de expulsión. Así, el artículo 89.5 CP viene a establecer que «los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España».

La aplicación de esta modalidad de expulsión parcial deja así de tomar como punto de partida las condenas de prisión a partir de 6 años, inclusive, que en cualquier caso pueden aplicarla, sino que se extiende como una opción a Jueces y Tribunales a toda clase de penas privativas de libertad, también para las penas de prisión inferiores a seis años. Su particularidad respecto de la modalidad de la expulsión íntegra radica en que la sustitución de la pena no es completa, sino que la pena misma debe cumplirse materialmente con un límite temporal doble, marcado por la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento<sup>12</sup>, o por el cumplimiento de las

(12) La mención del tercer grado merece especiales reflexiones, ya que no constituye una alternativa lógica en un sistema puro de individualización científica, que así se desnaturaliza. En las actuales circunstancias, y tal y como aquí se concibe, la concesión del tercer grado no lleva aparejada su consecuencia natural de aplicación del régimen abierto, como modelo regimental que posibilita el acceso a un sistema de semilibertad, sino que conlleva lisa y llanamente la expulsión. Es más, en estas condiciones las variables de clasificación dejan de tener así en absoluto sentido alguno, y la propia mención del tercer grado se constituye en definitiva en un instrumento si se establece en sentencia, que deja en manos de la Administración Penitenciaria, y en última instancia al Ministerio del Interior, la decisión de la fecha de materialización de la expulsión, con anterioridad a la fecha de cumplimiento de las  $\frac{3}{4}$  partes de condena, en base a posibles criterios de oportunidad conceptualmente ajenos por completo a las variables legales de clasificación y de progresión al tercer grado. La cuestión se hace más chocante cuando la progresión al tercer grado se suscita por la Institución Penitenciaria articulando la propuesta de alzamiento de período de seguridad, en los términos del artículo 36.2 CP.

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

$\frac{3}{4}$  partes de la condena. En todo caso nuevamente se asegura la necesidad de un previo debate contradictorio de todas las partes, aunque se supedita a la iniciativa del Ministerio Fiscal, y se posibilita la adopción del pronunciamiento sustitutivo bien en la sentencia, bien en fase de ejecución. Finalmente, conviene significar que la nueva redacción del artículo 89.5 CP introducida por LO 11/2003 mantiene la limitación de la aplicación de la figura a extranjeros no residentes legalmente en España, a diferencia de la redacción anterior a la LO 11/2003, donde resultaba indiferente su situación administrativa en España.

En contra de este criterio de expulsión sustitutiva parcial se ha esbozado el *ne bis in idem*<sup>13</sup>, parcialmente acogido en la STC 145/2006, bien que como un argumento añadido y de *obiter dicta*.

### a) Las exclusiones de la imperatividad de la aplicación de la expulsión sustitutiva parcial

1.<sup>a</sup> *Concurrencia de razones que justifiquen el cumplimiento en España.*—La redacción examinada suscita a primera lectura una exclusión evidente: que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España. La cuestión de que se omita la audiencia del reo y demás partes personadas no debe tacharse sino de mero defecto de redacción, pues que la voluntad de la ley requiere la audiencia de todas las partes asoma en la dinámica general procedimental del artículo 89.1 y en el inciso inicial del propio 89.5 CP, conforme a los cuales debe ser interpretado el procedimiento determinante de la excepción, aparte de lo ya expuesto para la modalidad de la expulsión sustitutiva íntegra.

Llama la atención además una discrepancia respecto del tenor de la redacción empleada en el artículo 89.1 CP, y es que se *aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España, y no en un Centro Penitenciario en España*.

2.<sup>a</sup> *¿La ausencia de iniciativa del Fiscal?.*—La aplicación de la expulsión parcial sustitutiva, a diferencia de la íntegra, se supedita al expreso requerimiento del Ministerio Fiscal —«a instancia del Ministerio Fiscal». Ello nos suscita si puede plantear la cuestión el reo y sobre todo las acusaciones particulares, o suplir su ausencia de requerimiento el tribunal sentenciador. La cuestión no tiene cobertura en la dicción literal de la ley y, de hecho, fue rechazada alguna Enmienda al texto que planteaba este problema<sup>14</sup>—, lo que parece restringir el incidente al requerimiento expreso del Fiscal, aunque es previsible que el tema pueda ser reinterpretado jurisprudencialmente.

Como ya hemos señalado, para que el Fiscal articule el requerimiento puede aceptarse que el Tribunal suscite al Ministerio la procedencia de esta opción sustitutiva, pero además parece oportuno que las Instituciones Penitenciarias desarrollen la comunicación de fechas de  $\frac{3}{4}$  partes por vía reglamentaria —provisionalmente podría hacerse a través de instrucciones—; y aunque la comunicación del tercer grado al Fiscal está garantizada —artículo 107 RP—, debería participarse la comunicación de que se realiza, además de a los efectos del artículo 107 RP, a los efectos del artículo 89.5 CP.

(13) Aunque debe interpretarse como una opción legítima del legislador, así lo sugiere en un *obiter dicta* la STC 145/2006, y más explícitamente la desestimada Enmienda 108 al Proyecto de Ley, suscrita por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), que invocó además la vigencia del artículo 197 CP.

(14) Así, la Enmienda 405, suscrita por Rosa Díez González (Grupo Parlamentario Mixto), que proponía añadir «acusación particular» al apartado quinto del artículo 89 del actual Código Penal.

### **b) La cuestión de la imperatividad de la aplicación del artículo 89.5 en el caso de penas privativas de libertad inferiores a seis años**

Lo anterior rige para las penas privativas de libertad de duración igual o superior a 6 años, aunque el precepto no las mencione *nominatim*, evidentemente se incluyen; pero lo que se nos suscita es la cuestión de si el artículo 89.5 entraña un segundo modelo aplicable a las penas privativas de libertad inferiores a seis años, que se superpone el régimen del artículo 89.1 CP. La respuesta afirmativa, por la que personalmente me inclino, como ya anticipé, nos enfrenta ante la evidencia de que en estos casos el Juez o Tribunal que impone una condena con penas privativas de libertad inferiores a seis años, de estimar procedente la expulsión, tiene a su disposición la posibilidad de elección entre una expulsión sustitutiva íntegra o una expulsión parcial, y que puede adoptar la elección de la sustitución parcial durante el trámite de ejecución. Sin embargo, el CP no ha acogido la sugerencia expuesta por el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006 en el sentido de que la ley exija que el cambio de criterio por parte del tribunal que no impuso en penas inferiores a seis años la expulsión, respondiera a una alteración sobrevenida de las circunstancias personales y familiares del reo –pues la tipología del delito y el *quantum* de la pena son variables inalterables– tenidas en cuenta al dictarse sentencia o en el auto iniciador de la ejecución, lo que no quiere decir que dicha motivación no le sea exigible conforme a los principios generales de exigencia de motivación y de imperativos de la cosa juzgada formal.

## **E) Los efectos de la expulsión**

### **a) El deber de abandonar territorio español y del espacio Schengen**

El efecto principal, primero y consustancial a toda expulsión, lo constituye el deber de abandonar el extranjero condenado el territorio de España, explícitamente definido respecto de las resoluciones gubernativas de expulsión con efectos inmediatos en el procedimiento preferente –artículo 63.7 LOE– y previa concesión de un plazo en el procedimiento ordinario –artículos 63 bis y 64 LOE–.

Aunque el Código Penal se refiere únicamente a expulsión del territorio español, los efectos de la expulsión se remiten al llamado *Espacio Schengen*, por aplicación del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen de 16 de junio de 1990 y del llamado acervo Schengen. A este respecto, debe mencionarse el SiSch y las personas no admisibles –artículos 92 y 96 CAAS–, estableciéndose como uno de los presupuestos sustantivos condicionantes de la inscripción de tales extranjeros como no admisibles el hecho de que el extranjero hubiera sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros –artículo 96.3–. Merece además destacarse la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

### **b) El archivo de expedientes vinculados a la situación administrativa en España**

Un segundo efecto accesorio de índole administrativa de toda resolución de expulsión lo constituye el archivo de todos los expedientes vinculados a su situación administrativa en España. Así

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

aparece contemplado en el artículo 57.4-I LOE para las expulsiones gubernativas –«la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente». Paralelamente así se dispone en el nuevo artículo 89.3 CP –«la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España».

### c) La prohibición de regresar a España por plazo determinado, que ahora pasa a ser graduable

El tercer efecto de la expulsión viene determinado por la prohibición de regresar a España por un plazo determinado. Aparece regulado en el artículo 89.2 CP, que dispone que «el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado». La graduación oscila así de 5 a 10 años, y las variables a tener presentes a la hora de determinación son dos: la duración de la pena, y las circunstancias personales del reo; no se entiende que no se tenga en cuenta la entidad de la tipología delictiva, hacia lo que apuntaba de una manera quizá demasiado reglada alguna enmienda en el Proyecto de Ley<sup>15</sup>.

La nueva redacción es así más liviana que la que se deroga, que a su vez había sido introducida por la LO 11/2003, que había prescindido de la determinación del plazo variable de prohibición de regreso a España, contemplado en la redacción derogada del artículo 89 CP, de 3 a 10 años, común a la administrativa entonces vigente, y que *prima facie*, fijaba el único de diez años, ya que disponía que «el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena». Obsérvese, sin embargo, que, en puridad, el plazo aparentemente único de diez años, era en realidad doble: diez años, a contar desde la efectiva materialización de la expulsión –plazo mínimo–, pero eventualmente se ampliaba hasta la efectiva prescripción de la pena.

En principio lo que no hay es una asimilación al plazo de prohibición correspondiente a la expulsión administrativa –que fue pretendida por alguna enmienda<sup>16</sup>– ya que el vigente artículo 58.1 LOE no señala plazo mínimo, sino máximo, al indicar que «la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años», aunque el artículo 58.2 LOE agrega que «excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años», lo que contribuye a explicar la referencia tomada por el vigente Código Penal.

(15) En este sentido, la Enmienda 155 suscrita por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) pretendía agregar al artículo 89.2 un segundo párrafo que precisaba que «en los casos de delitos violentos graves, homicidios en todas sus formas, torturas, delitos contra la integridad sexual y/o moral, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena».

(16) Así, la Enmienda 107, suscrita por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), pretendía introducir el siguiente texto: «el extranjero no podrá regresar a España en un plazo ordinario máximo de cinco años, o de diez cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, a contar desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado».

#### IV. EJECUCIÓN PENAL Y EXPULSIÓN JUDICIAL SUSTITUTIVA

Denominamos ejecución penal a la actividad de ejecución de las sentencias penales, consistente en hacer que se cumplan los pronunciamientos contenidos en sus fallos. En España la ejecución penal constituye una actividad neta y exclusivamente jurisdiccional, por imperativo del artículo 117.3 CE.

##### A) La ejecución de la expulsión

El siguiente problema que se suscita una vez acordada la imposición de la expulsión judicial sustitutiva al extranjero no residente legalmente, y adquirida firmeza por la resolución, es la cuestión de la materialización de la expulsión.

##### a) El vacío legislativo general y los principios generales aplicables

La redacción del artículo 89 CP –tanto su redacción originaria, como la introducida por la LO 8/2000, de 22 de abril, o la introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre– no contempló ninguna disposición reguladora de la ejecución de la expulsión judicial sustitutiva, lo que suscitaba un problema de soluciones complejas. A diferencia de la detallada regulación contemplada en la LOE y en el RLOE en relación con el modo de llevar a efecto la expulsión gubernativa, donde se contemplaba la posibilidad de detención e internamiento –artículo 64 LOE–, nada se había establecido al respecto.

En consecuencia, debía prevalecer el sistema general de ejecución, que determina que corresponde la tarea de hacer ejecutar lo juzgado al Juez o Tribunal que dictó la sentencia en primera instancia –artículos 984 a 986 LECr–, y que conforme al artículo 990 «corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia, adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno».

En defecto de legislación directa, el sistema de ejecución de la expulsión judicial debía partir de que si el reo estuviere preso debería mantenerse la situación personal, requiriéndose a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras para que adoptase las medidas necesarias en orden a materializar la expulsión; y si estuviere en libertad podría acordarse el internamiento, ya en Centro Penitenciario, ya en un CIE, abogando por un plazo de internamiento limitado, que en ningún caso podría exceder del establecido en la legislación de extranjería como límite válido para entender o no materializable la expulsión.

##### b) La regulación de la disposición adicional 17.<sup>a</sup> de la LO 19/2003

La regulación legal de esta importante cuestión vino a tomar carta de naturaleza en la disposición adicional 17.<sup>a</sup> de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, cuyo párrafo segundo, estableció que «igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por su expulsión del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial».

Esto es, asistíamos a la posibilidad de acordarse una especie de ejecución provisional de la medida penal originariamente impuesta en sentencia –pena privativa de libertad, o medida de seguridad– por un plazo de 30 días, lo que posibilita el internamiento del reo en un centro penitenciario, mientras la autoridad gubernativa materializa la expulsión; transcurrido este plazo sin haberse materializado la expulsión, habrá de entenderse, salvo causas excepcionales justificadas, que la expulsión no es materializable, con lo que regirá el sistema general de ejecución de penas y medidas de seguridad originariamente impuestas. La Circular FGE 2/2006 admite como factible la posibilidad del emplazamiento para cumplimiento voluntario por el reo dentro de un plazo máximo de 72 horas, debe entenderse que de no existir riesgos de elusión de la acción de la justicia.

### c) La nueva solución del artículo 89.6-I CP

A este respecto el artículo 89.6-I CP establece que «cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa». El precepto entraña así innovaciones capitales: en primer lugar, el internamiento se reconduce de los Centros Penitenciarios a los Centros de Internamiento de Extranjeros; y el límite temporal de privación cautelar se amplía a 60 días –artículo 62 LOE–. Aunque no lo señale la ley, este incidente debe presuponer una citación del reo, con orden subsidiaria de detención dirigida a la Policía.

Suscita, sin embargo, incógnitas el trámite a seguir cuando el interno se encuentra en prisión preventiva. El silencio legal permite establecer una alternativa: o que el reo permanezca en prisión preventiva en el propio establecimiento, ordenando a la Brigada Provincial o Grupo de Extranjería la adopción de las medidas necesarias para materializar la expulsión, o bien aplicar analógicamente la solución del artículo 89.6-I CP ordenando su traslado a un CIEX. Personalmente me inclino como más conveniente por el mantenimiento del reo en el Centro Penitenciario por razones de economía de recursos.

## B) Supuesto de imposibilidad de materialización de las expulsiones judiciales sustitutivas

El siguiente problema es qué sucede si la materialización de la expulsión no resultara factible, lo cual sucederá por causas asociadas a la imposibilidad de documentar al sentenciado, o bien de obtener autorizaciones judiciales correspondientes a otras causas penales activas pendientes de sustanciación.

### a) La regulación precedente

A este supuesto se refería el párrafo último del artículo 89.1 CP en su redacción antecedente a la LO 5/2010, conforme al cual «en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa

de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente».

La cuestión principal era determinar si la expresión «cumplimiento» implicaba necesariamente el cumplimiento material de la pena en un centro penitenciario; la respuesta afirmativa podría concluirse del uso del propio término de cumplimiento, reservado generalmente en el sistema tradicional de ejecución de penas a lo que constituye la actividad penitenciaria derivada del internamiento del sentenciado en un centro penitenciario.

No obstante, la respuesta debía entenderse expresa y terminantemente negativa, ya que por cumplimiento debía entenderse en este precepto concreto el régimen general de ejecución: si la materialización de la expulsión no ha tenido lugar, la negativa de acceso al sistema de general de suspensiones y al propio de sustituciones comunes del artículo 88 CP constituiría una desigualdad injustificable, al menos respecto de las penas que no excedan de dos años de prisión. El Tribunal Constitucional ha sancionado esta interpretación en su ATC 132/2006, de 4 de abril, al establecer que «el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los artículos 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España».

#### **b) La nueva regulación**

La reforma de la LO 5/2010 traslada la regulación de la materia al artículo 89.6-II CP, conforme al cual «en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código». Como puede advertirse, la nueva regulación utiliza adecuadamente la expresión ejecución, en lugar de cumplimiento, y agota la solución del Tribunal Constitucional precitada.

Este precepto subraya la necesidad imperativa de que la pena privativa de libertad originaria debe en todo caso expresarse en la sentencia, pues de no mencionarse, la imposibilidad de ejecución de la expulsión no permitiría la ejecución de la pena originaria sustituida, al no haber quedado determinada en sentencia.

#### **c) Problemática de la entrada de nuevos Estados miembros de la Unión Europea respecto de las expulsiones judiciales acordadas en sentencias firmes**

Ha suscitado problemas el efecto producido por las ampliaciones de la Unión Europea, principalmente Rumanía y Bulgaria, por más reciente, en cuanto a las expulsiones judiciales pendientes de materialización respecto de nacionales de estos países que de manera sobrevenida han adquirido la ciudadanía de la Unión Europea.

Hay dos posibilidades: o proyectar el principio de intangibilidad de resoluciones judiciales firmes, lo que conduciría a concluir que la expulsión debe materializarse conforme al pronunciamiento mantenido en sentencia, o considerar que la adquisición sobrevenida de la condición de

## Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010

ciudadano de la Unión Europea del nacional de estos países conlleva un supuesto de imposibilidad legal sobrevenida de materialización de la expulsión, lo que nos resituaría en la aplicación del párrafo último del artículo 89.1 CP antes examinado, con lo que deberá ejecutarse jurisdiccionalmente –esto es, con posibilidad de suspensión y sustituciones comunes– la pena privativa de libertad sustituida, solución esta última que parece predominante en doctrina y práctica jurisprudencial. Personalmente nos inclinamos por esta última solución, ya que en el momento de ejecutarse la expulsión nos encontramos con un ciudadano de la Unión Europea que ostenta –como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de adhesión de su país a la Unión Europea– el derecho de libre circulación y elección de la residencia, conforme al artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antiguo artículo 18.1 TCCE. Esta segunda tesis se ve avalada por la STS de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de 12 de febrero de 2008, donde el TS ha establecido el criterio de anular las expulsiones dictadas antes de enero de 2007 contra rumanos y búlgaros que permanecían en situación irregular en España. En la STS 29 de mayo de 2008 se señala que es de aplicación a este caso, *mutatis mutandi*, el criterio de la STS de 12 de febrero de 2008 a los ciudadanos polacos y, en general, a todos los ciudadanos de la UE antes de la adhesión del Estado de su nacionalidad.

### C) El quebrantamiento de las expulsiones judiciales sustitutivas

#### a) El quebrantamiento consumado

Conforme al nuevo artículo 89.4 CP tras la reforma de la LO 5/2010, en su inciso primero, «si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas». Se restaura así la solución establecida en la redacción originaria del artículo 89 CP, ya que la reforma había silenciado el tratamiento del problema, planteándose una polémica acerca de si procedía el cumplimiento de la pena originaria, o bien si debería actuarse por la Autoridad Gubernativa conforme al tratamiento general de la adopción de una resolución de devolución, tesis que era la mayoritaria.

Sin embargo, el texto reformado no ha contemplado ninguna regla o criterio de compensación o descuento de la pena a cumplir en función del tiempo que el extranjero hubiere permanecido efectivamente fuera del territorio español respetando el mandato judicial, analógicamente al descuento de la pena sustituyente cumplida parcialmente en el régimen del artículo 88 CP, desoyendo el parecer expuesto en su Informe de 2006 por el CGPJ de que la ley debería establecer la ponderación proporcional de ese tiempo al efectuarse la liquidación de la condena con arreglo a criterios fijados de antemano.

#### b) El quebrantamiento intentado y detectado en frontera

Conforme al nuevo artículo 89.4 CP tras la reforma de la LO 5/2010, en su inciso segundo, «no obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad». Es claro que la terminología no es del todo punto correcta, ya que no asistimos a una expulsión gubernativa, sino a una denegación de entrada por vigencia de una prohibición de entrada –artículos 26 y 60 LOE–, si se le localiza en puesto habilitado, y a una devolución si el intento de entrada no se produjo por puesto habilitado –artículo 58 LOE–. La especialidad del CP

consiste en una *puesta de kilometraje a cero* en caso de denegación de entrada, que no aparece contemplada en la LOE, extendiendo a ésta la solución contemplada en caso de devolución por el artículo 58 LOE.

## V. LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE EXPULSIÓN

La reforma de la LO 5/2010 ha dejado intacta la regulación del artículo 108 CP, a diferencia del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006, que modificaba su apartado 1<sup>17</sup>, con lo que asistimos a determinados desajustes, en relación con la expulsión judicial sustitutiva de las penas privativas de libertad. Podemos señalar como principales los siguientes:

En primer lugar, se mantiene subsistente un tratamiento dispar para la persona inimputable conforme a las eximentes primera, segunda y tercera del artículo 20 y atenuante primera del artículo 21 del Código Penal, respecto de la situación de si fuera plenamente responsable de sus actos, ya que al tratarse de una medida de seguridad no privativa de libertad puede imponerse la expulsión judicial en todo caso, aunque el delito no estuviera castigado con pena privativa de libertad.

En segundo lugar, la redacción del artículo 108.1-I CP establece que «si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España». La particularidad proviene no de que deba hacerse en sentencia, pues el principio de revisabilidad periódica de las medidas de seguridad siempre posibilitó la posibilidad de aplicación en fase de ejecución de la medida de seguridad –artículo 97 CP– sino por el hecho de que la exclusión facultativa sigue refiriéndose a la «naturaleza del delito», y no a «razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

En tercer lugar, el artículo 108.2 CP señala que «el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión», con lo que no asistimos a la determinación judicial de la prohibición de regreso reducida de 5 a 10 años, y graduable en atención a la duración de la medida sustituida y circunstancias personales del sentenciado, contemplada en el artículo 89.2 CP para los casos de expulsión sustitutiva de penas.

Y, en cuarto lugar, no se contempla la solución del cumplimiento de la medida de seguridad originaria en caso de conculcación consumada de la prohibición de regreso, a diferencia de la previsión expresa del inciso primero del artículo 89.4 CP.

(17) «1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél y del Ministerio Fiscal, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta».

CARMEN RUIZ SUTIL

Profesora de Derecho Internacional Privado.  
Facultad de Derecho de Granada

(ruizsuti@ugr.es)

II

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad\*

# RESUMEN

### LAS FILIACIONES DE COMPLACENCIA EN LOS DERECHOS DE EXTRANJERÍA Y NACIONALIDAD

La determinación de la filiación vinculada a los efectos beneficiosos del Derecho de extranjería y del Derecho de la nacionalidad española puede dar lugar a las filiaciones en fraude de ley, llamadas también de complacencia. En el sistema jurídico español existen deficiencias o patologías producidas por distintas razones, como la política de facilitar los reconocimientos de paternidad, aun a sabiendas de que pueden ser no veraces, o cuando el principio de veracidad debe ceder por exigencias de seguridad jurídica (adopción, técnicas de reproducción asistida...) o, incluso, por protección de intereses más altos, como ocurre con los hijos incestuosos, donde es necesario una autorización del juez para establecer la paternidad de éstos. Estas excepciones al principio de verdad biológica en materia de filiación generan que existan supuestos donde se busque un beneficio en el sector de la Extranjería o de la Nacionalidad española y que en ocasiones son difíciles de detectar. Con este artículo se pretende poner en evidencia tales fraudes y cómo las autoridades españolas llegan a combatirlos.

# ABSTRACT

### COMPLACENCY FILIATIONS IN BOTH IMMIGRATION AND NATIONALITY LAWS

The filiations' establishment regarding the beneficial effects in both Immigration Law and Nationality Law in Spain can lead to some filiations in fraud of the Law, also called Convenience filiations. In the Spanish Legal System, some deficiencies exist, due to different reasons such as the policy of facilitating paternity recognition, even though these paternities are not true,

(\*) Este artículo se realiza en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (PO9-SEJ-4738): «Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar».

Carmen Ruiz Sutil

II

or when the truth principle is given away for legal security requirements (adoption, assisted reproduction techniques...) or even, in cases where higher interests has to be protected, like for incestuous children, where a judge authorization is required in order to establish their paternity. These exceptions to the principle of biological truth in filiations' matters create situations where some benefit is sought within the Spanish Immigration and Nationality fields. This can be somehow difficult to detect. Through this article, we intend to shed the light on these frauds and on how Spanish authorities try to fight them.

## SUMARIO

I. Interrelación de la determinación de la filiación con los derechos de nacionalidad y de extranjería.

II. Quiebra del principio de veracidad en materia de filiación en el sistema español.

III. La filiación de complacencia en el Derecho español.

IV. Lucha contra la filiación de complacencia constatada en las certificaciones de nacimiento de los registros civiles de Guinea Ecuatorial y República Dominicana.

V. Conclusiones.

### I. INTERRELACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN CON LOS DERECHOS DE NACIONALIDAD Y DE EXTRANJERÍA

Del establecimiento de la relación jurídica de la filiación se derivan un conjunto de derechos, tales como la atribución de la nacionalidad, los apellidos, los alimentos, la patria potestad o los derechos sucesorios. Pero también, en el sector del Derecho de extranjería, concurren efectos vinculados a la acreditación de la filiación del ascendiente o descendiente de un español. A continuación trataremos de exponer los distintos supuestos que se originan al relacionar el establecimiento de la filiación con los Derechos de nacionalidad y extranjería.

A) Beneficios que se obtienen cuando el progenitor extranjero adquiere la nacionalidad española por residencia, según lo dispuesto en el artículo 22 CC<sup>1</sup>. Si éste tiene hijos nacionales de tercer Estado y se hallan fuera de España, estos descendientes podrán ser reagrupados de una forma más favorable, ya que se someterán al Régimen Comunitario (Real Decreto 240/2007, de

(1) Vid. la Instrucción de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2007).

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad

### II

16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en adelante RD 240/2007)<sup>2</sup>. Sin embargo, el procedimiento de reagrupación para los ascendientes del ciudadano que adquirió la nacionalidad española y los de su cónyuge queda excluido del Régimen Comunitario por lo dispuesto en la disposición final tercera 2.2.º del RD 240/2007, que remite al Régimen General de Extranjería (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante Ley de extranjería)<sup>3</sup>, vulnerando con ello el artículo 14 de la Constitución Española<sup>4</sup>.

Centrándonos en la reagrupación de los descendientes del que adquirió la nacionalidad española, existe una clara diferenciación entre el régimen aplicable a los hijos de español frente a los del extranjero nacional de tercer país, siendo el primero más beneficioso que el segundo. La reglamentación del RD 240/2007 es menos rigurosa en cuanto a los requisitos a superar para ejercer el derecho a la reagrupación familiar que la actual Ley de extranjería y su Reglamento de ejecución (Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en adelante RD 2393/2004)<sup>5</sup>, como, por ejemplo, la edad de los descendientes que puedan ser beneficiarios. Los descendientes del comunitario o del español se podrán reagrupar hasta una edad de máxima de 21 años e, incluso, se consideran familiares reagrupables los hijos mayores de dicha edad que vivan a expensas de sus progenitores, mientras que los descendientes del extranjero nacional de tercer Estado tienen que ser menores de edad<sup>6</sup>.

Otra de las ventajas de los hijos que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español es el poder optar a la nacionalidad española según el artículo 20 del CC. Este derecho de opción queda sujeto a un período máximo de hasta dos años después de haber obtenido la mayoría de edad, siempre que el hijo fuera menor de edad cuando su progenitor adquirió la nacionalidad española. Para ello es necesario que la certificación extranjera que contiene la filiación acceda al Registro Civil español. El reconocimiento de dicha certificación se efectuará siempre que ofrezca

(2) (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007). La disposición final tercera del RD 240/2007, en su redacción dada por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio (BOE núm. 177, de 23 de julio), introduce dos nuevas disposiciones adicionales (decimonovena y vigésima) en el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y que protegen especialmente al cónyuge o pareja de ciudadano español y a sus descendientes menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo o incapaces.

(3) (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

(4) Sobre el tema, *vid.* PEÑA PÉREZ, A.: «Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario: especial referencia a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, noviembre 2009, pp. 83-106, en espec. pp. 99-100.

(5) (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005).

(6) En virtud de la nueva redacción dada del artículo 17.1.b) por la Ley de extranjería 2/2009, son beneficiarios de la reagrupación los hijos del residente y del cónyuge o de persona que mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Se ha suprimido, por tanto, el requisito de la soltería de los hijos reagrupados, por lo que es posible reagrupar a los hijos menores de edad que fueran miembros de países o tradiciones culturales en las que es común que los menores contrajeran matrimonio, sin que ello signifique que se encuentren emancipados de sus progenitores. En general, sobre el tema *vid.* FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A.C.: «El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, marzo 2010, pp. 113-169.

garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española (artículo 85.1 Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC). Estas garantías se refieren a la regularidad extrínseca o autenticidad de dicha certificación, como son la legalización o apostilla y traducción (artículo 323.2.2.º Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC)<sup>7</sup> y a las condiciones de eficacia intrínseca del documento (artículo 323.2.1.º LEC)<sup>8</sup>. Asimismo, se requiere que el Registro extranjero «sea regular y auténtico, de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española» (artículos 23.2 LRC y 85 RRC)<sup>9</sup>. Y es que el acceso al Registro Civil español de las inscripciones contenidas en las certificaciones extranjeras desencadena efectos jurídicos verdaderamente importantes<sup>10</sup>, lo que justifica el control previo del órgano extranjero en los términos en los que se acaba de aludir<sup>11</sup>. De ahí que para evitar los fraudes en esta materia, el Encargado debe realizar una calificación sobre la equivalencia de los requisitos y de las garantías a las que se sometió la inscripción del Registro extranjero, con el fin de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española<sup>12</sup>. En todo caso, es imprescindible la búsqueda del equilibrio entre el principio general de presunción de validez de los documentos extranjeros de estado civil, el interés general que representa la fiabilidad de los datos del estado civil y los derechos fundamentales del interesado<sup>13</sup>. Especialmente, resultan problemáticas las certificaciones procedentes de República Dominicana y de Guinea Ecuatorial, que serán objeto de un posterior análisis.

(7) *Vid.* la Instrucción de la Dirección General de Inmigración sobre aportación de documentos extranjeros para la tramitación de los procedimientos migratorios, de 25 de septiembre de 2008, en <http://www.intermigra.info>.

(8) *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2009, en *La Ley*, Año XXX, núm. 7222 (*LA LEY* 1997/2009), que deniega al documento extranjero procedente de República Dominicana el valor de prueba plena a efectos de acreditar el nacimiento y filiación de la solicitante del visado de reagrupación familiar. Y es que la documentación aportada (un acta de nacimiento *in-extensa*) no ofrecía garantías suficientes en cuanto al parentesco y edad de la solicitante, porque no se ha acreditado que el contenido del acta aportada haga prueba plena en juicio, según el ordenamiento jurídico de la República de Santo Domingo.

(9) Sobre criterios de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) para la validez de certificaciones y la consideración de regular o no de los Registros Civiles extranjeros *vid.* RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: «La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero: una cuestión de prueba», *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 188-194.

(10) La exigencia del control de la regularidad y autenticidad del órgano extranjero se explica por los fuertes vínculos que la inscripción en el Registro civil español tiene reconocidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, *vid.* la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil, de 8 de julio de 1957 (*BOE* núm. 151, de 10 de junio de 1957).

(11) En algunas certificaciones de actas emitidas por Registros extranjeros (como nacimientos, matrimonio, divorcios...) se detectan falsificaciones. Dicha incidencia provoca el rechazo como títulos de inscripción, sobre todo cuando aquéllas contengan contradicciones, errores aritméticos, enmiendas o tachaduras, máxime cuando procede de algún Estado en el que existan precedentes de falsificaciones.

(12) En la Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 1993 (*RJ* 1993/3243), en <http://westlaw.es/> se expone que «el hecho de que los artículos 23 LEC y 85 RRC permitan practicar inscripciones mediante la certificación de los asientos extendidos en Registros extranjeros sin necesidad de expediente, ello no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante la presentación de tales certificaciones y limitar su actuación a la transcripción automática de los datos en ellas consignados». Sobre la ausencia de garantías de una certificación extranjera para dar fe de la filiación *vid.* la Resolución (2.ª) de la DGRN, de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2008/256348), en <http://westlaw.es/>. También en *AEDIPR*, 2007, tomo VII, pp. 1182-1184.

(13) *Vid.* las recomendaciones de la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil (*BOE* núm. 97, de 24 de abril de 2006).

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad

### II

Por último, si el hijo nace en territorio español cuando su progenitor ya adquirió la nacionalidad española, el descendiente también será español conforme lo dispuesto en el artículo 17.1.a) del Código Civil, independientemente de que el padre o la madre tengan la nacionalidad española de origen o derivativa. Y es que tan español de origen es el hijo de un español de origen como de un inmigrante que ha adquirido la nacionalidad española por residencia en el momento de la concepción del hijo<sup>14</sup>.

B) Beneficios para el nacido de madre extranjera que es reconocido por español. Pensemos en el hijo de madre soltera marroquí que es reconocido fraudulentamente por un español<sup>15</sup>. Si esta filiación falsificada no es detectada por el Encargado del Registro Civil competente, se entiende que al hijo le corresponde la nacionalidad española por *ius sanguinis* [artículo 17.1.a) del Código Civil]. Incluso, puede que el reconocimiento efectuado por español busque los efectos favorables del régimen comunitario para la reagrupación familiar de los hijos de la extranjera<sup>16</sup>. Para nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento voluntario del hijo supone la admisión de la filiación sin sustento de prueba biológica. Las razones de política legislativa, incluida la exigencia de seguridad jurídica, llevan a facilitar los reconocimientos de la filiación, aun a riesgo de que sean ajenos a la realidad. La Ley no puede impedir que alguien otorgue un reconocimiento, aunque no sea el progenitor. De esta manera, el Encargado del Registro Civil ratifica únicamente que tal declaración responde a la verdad, por lo que no está sujeto a un trámite obligado de verificación previa sobre la veracidad biológica del hecho de la procreación. En cualquier caso, que existan reconocimientos falsos es algo inevitable. El éxito de la verdad biológica puede diluirse si el reconocedor no es el auténtico progenitor y consigue burlar dicha verdad<sup>17</sup>, como sucede en los reconocimientos de complacencia<sup>18</sup>. Ello obliga a reforzar los controles para detectar este tipo de fraudes, tal y como veremos posteriormente. Si se estima que hay datos significativos

(14) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: «El extranjero desde la perspectiva del Derecho privado», *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 217-257, en espec. pp. 221-224.

(15) En este sentido, vid. la Resolución (2.ª) de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/9779) sobre inscripción paterna no matrimonial, del nacido en Melilla de madre marroquí y padre también marroquí con nacionalidad española adquirida por residencia. Hay que señalar que el número de progenitores españoles que han solicitado el reconocimiento del hijo de madre marroquí se ha multiplicado por ver satisfecho el deseo de que el nacido sea español de origen y poder conseguir ventajas en el sector de Derecho de extranjería. Sobre posibles reconocimientos de complacencia en relación con supuestos hispano-marroquíes vid. las Resoluciones de la DGRN (1.ª) de 24 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/291823); (2.ª) de 24 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/291822), en <http://westlaw.es/>.

(16) Tal y como se detecta en la Resolución (3.ª) de 29 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/291810), en <http://westlaw.es/>.

(17) Como ha expresado la Resolución de la DGRN de 8 de septiembre de 1992, *Anuario de la DGRN* de 1992, vol. I, p. 1556, las facultades calificatorias del Encargado del Registro Civil no alcanzan a la comprobación de la veracidad de la declaración (artículo 27 LRC), porque tiene limitadas sus potestades y no puede enjuiciar sobre el fondo. La capacidad de la autoridad registral no alcanza a comprobar la veracidad de las declaraciones sobre filiación y por esta causa no se invalidan los reconocimientos de complacencia. No obstante, se puede rechazar la inscripción del reconocimiento de la filiación cuando el título formal acompañado de las diligencias comprobatorias oportunas (artículo 28 LRC) se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido, en armonía con el principio de verdad biológica. También el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las acciones de impugnación de la filiación no matrimonial determinadas por razón de un reconocimiento de complacencia en la STS 669/2004, de 12 de julio (*RJ* 2004/5356), que se puede consultar en *AC*, 2004, núm. 2, pp. 2682-2685.

(18) Sobre este problema en Derecho interno vid. POZO VILCHEZ, J.: *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Madrid, Trivium, 1993, pp. 20 y 21.

y concluyentes de los que se deduce que el reconocimiento paterno o materno no se ajusta a la realidad, en este caso la verdad biológica, será nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito<sup>19</sup>.

C) Beneficios en el ámbito del Derecho de extranjería para los irregulares que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado español. Uno de los logros del progenitor irregular de español es poder solicitar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Es cierto que ni el artículo 31.3 de la Ley de extranjería ni el artículo 45 del RD 2393/2004, que regulan dichas autorizaciones, recogen expresamente el supuesto referido. No obstante, se deja un amplio margen para la inclusión de multitud de situaciones como consecuencia de constituir «la circunstancia excepcional» un concepto jurídico indeterminado, tal y como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2007<sup>20</sup>. Así, para no perjudicar al menor español se reconoce a su progenitor irregular el derecho a la obtención de residencia por circunstancias excepcionales de conformidad al artículo 31.3 de la Ley de extranjería. Pero no basta con confirmar simplemente su condición de progenitor de menor español, sino que, tal y como dispone la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2008<sup>21</sup>, «han de concurrir otras circunstancias excepcionales que justifiquen otorgar la residencia al progenitor irregular», como es el cumplimiento del resto de requisitos del arraigo familiar regulado en el artículo 45 del RD 2393/2004.

Por otra parte, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2009<sup>22</sup> y la del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007<sup>23</sup> afirman que la situación hecha valer por la parte actora al formular solicitud de autorización de residencia temporal, cualificada por la circunstancia de ser ascendiente de un menor de edad, cuya nacionalidad español de origen ha sido declarada con valor de simple presunción por el Encargado del Registro Civil, ha de considerarse susceptible en el supuesto contemplado en la disposición adicional primera apartado 4 *in fine* del RD 2393/2004, como circunstancia excepcional no prevista en el artículo 45 de este mismo texto<sup>24</sup>. Se trata de un supuesto que, en la normativa precedente, figuraba entre las circunstancias excepcionales de exención de visado.

La totalidad de supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales, por tanto, no quedan vinculados únicamente a los supuestos del artículo 45 del RD 2393/2004, que aunque otorga una relación exhaustiva, no es excluyente. Como consecuencia de constituir la «circunstancia excepcional» un concepto jurídico indeterminado, el Reglamento contempla algún

(19) Tal y como resuelven las Resoluciones de la DGRN de 23 de enero de 2007 (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2007); de 30 de abril de 2007 (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2007) y de 5 de julio de 2006 (BOE núm. 218, 12 de septiembre de 2006).

(20) (RJ 2007/3756), en <http://westlaw.es/>. Vid. también la Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de San Sebastián, de 28 de julio de 2008, *La Ley*, Año XXIX, núm. 7033, 14 de octubre de 2008 o en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/arraigoSS.pdf>.

(21) (TOL1.529.582), en <http://www.tirantonline.com>. En este sentido, vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2009 (RJCA 2009/569), en <http://westlaw.es/>.

(22) (RJCA 2009/569), en <http://westlaw.es/>.

(23) (RJ 2007/1377), en <http://westlaw.es/>.

(24) También en este sentido vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2010 (JUR 2010/182768), en <http://westlaw.es/>.

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad

### II

supuesto más, como por ejemplo, la disposición adicional primera, párrafo cuarto, tal y como declara en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2007<sup>25</sup>.

Otro de los efectos beneficiosos para el extranjero irregular, que acredite ser ascendiente directo o tutor de un menor o incapacitado español, es poder argumentar la revocación de una orden de expulsión, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005<sup>26</sup>. Cuando se expulsa del territorio español a los padres de un menor, indirectamente se le priva de su derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar. Por tanto, la orden de expulsión del progenitor, o bien es una orden implícita de expulsión de su hijo menor español, o bien es una orden de desmembración de la familia, vulnerando los principios constitucionales sobre protección de la familia y de los menores. El Alto tribunal declara que: «ni las normas de extranjería ni el solo sentido común pueden admitir que el hijo español tenga todos los derechos y su madre extranjera no tenga ninguno y que se pueda expulsar como una simple extranjera y que el menor quede en España con todos sus derechos, aunque solo y separado de su madre». En definitiva, ser padre o madre en situación irregular de español interesa para argumentar la revocación de la orden de expulsión y, en su caso, tramitar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

## II. QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE VERACIDAD EN MATERIA DE FILIACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL

En lo que concierne a la determinación de la filiación, los ordenamientos jurídicos modernos tienden a hacer coincidir la realidad jurídica con la biológica. La institución jurídica de la paternidad tiene su fundamento en la identidad tradicional establecida en el Derecho de familia entre el padre genético y el padre legal. La Constitución española y la legalidad ordinaria en nuestro país impone que la determinación de la filiación quede regida por el principio de la verdad biológica, pero esta regla general tiene excepciones. Y es que en el ordenamiento jurídico español se producen ciertos casos en los que la filiación jurídica no coincide con la biológica por deficiencias o patologías del ordenamiento jurídico, como sucede en los reconocimientos de complacencia<sup>27</sup>, donde las filiaciones no son veraces y nadie las contradice o impugna; o por protección de intereses más altos, tal y como ocurre con los hijos incestuosos, donde hace falta la autorización del juez para establecer la paternidad (artículo 125 CC); o por exigencias de seguridad jurídica ante la que debe ceder el principio de verdad biológica (adopciones, hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida). Las técnicas de reproducción asistida demuestran que la filiación es cada vez más un concepto social y cultural que biológico. La realidad biológica pasa a un segundo plano, como en el concepto de posesión de estado del Derecho español, ya que lo decisivo es la voluntad de tener un hijo como tal; o la presunción de paternidad del marido de la madre o la adopción, donde se determina la filiación sin tener en cuenta la verdad biológica.

(25) (RJ 2007/8556), en <http://westlaw.es/>.

(26) (RJ 2005/1520), en <http://westlaw.es/>. En este sentido, *vid.* también la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo, de 5 de enero de 2008 (JUR 2008/126033) o las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de enero de 2010 (JUR 2010/115473) y la de 22 de diciembre de 2009 (JUR 2010/116112), en <http://westlaw.es/>.

(27) *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «La filiación en el umbral del siglo XXI», *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Granada*, 2001, núm. 4, pp. 99-141, en espec. pp. 135-136.

A partir del momento en que se rompe la identidad basada en la coincidencia de la filiación biológica con la jurídica, se produce un debilitamiento del principio de verdad biológica, que queda tensionado por el principio de verdad formal, en el que el elemento relevante de la filiación es la voluntad.

La concepción biológica de la filiación en España parece encauzarse hacia nociones de paternidad y maternidad sociales y formales a partir de la implantación de nuevos modelos de familia<sup>28</sup>. Junto a la verdad biológica, emerge un novedoso principio «de consentimiento» que alienta con imponer otras perspectivas hasta ahora desconocidas, y que además promete servir de fundamento relevante y eficiente de las filiaciones jurídicas<sup>29</sup>. Quizás no sea un despropósito pensar que en el siglo XXI se designe con términos y conceptos diferentes a las nuevas realidades y a las filiaciones formales. Los actuales esquemas jurídicos de una filiación, que ha sido concebida bajo otros presupuestos fácticos y otras coordinadas mentales, pueden no ofrecer la respuesta más adecuada. Así, el legislador español tendrá en cuenta que la filiación es una realidad sometida a cambios, lo que origina cierta impresión de inestabilidad institucional. De ello se infiere que la figura del reconocimiento se convierte en un mecanismo jurídico que incorpora filiaciones *ex voluntate*, en detrimento de la coincidencia biológica<sup>30</sup>.

En este sentido, algunas legislaciones occidentales están abiertas a interpretar las posibles consecuencias derivadas de las adopciones y las filiaciones en enlaces homosexuales<sup>31</sup>. La provin-

(28) Vid. la definición de maternidad y paternidad en los artículos 8 al 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción humana asistida (BOE núm 126, de 27 de mayo de 2006) que ha derogado la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE núm. 282, de 24 de diciembre, corrección de errores en BOE núm 284, de 26 de noviembre de 1988). Esta nueva legislación se plantea como principal objetivo el de facilitar al máximo el que las personas que padezcan problemas de fertilidad puedan tener hijos, eliminando una serie de restricciones legales ahora vigentes y que parten de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. También se regula la aplicación de técnicas médicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario y las condiciones en las que podrá autorizarse la utilización de gametos y preembriones humanos con fines de investigación. Respecto al tema, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español», *ADC*, 1997, pp. 5-96; *id.* «La filiación en el umbral...», *loc. cit.*, p. 117.

(29) Las filiaciones *ex voluntate* es una categoría jurídica y social nacida de los últimos tiempos. Hasta hace poco era normal el presupuesto material y jurídico de la filiación que se derivada de las relaciones sexuales entre varón y mujer. La nueva realidad social parte de un punto de vista que acepta la procreación sin relaciones sexuales. Y se complica con numerosas variantes en función de si los gametos (masculino y/o femenino) o el útero donde se desarrolla la gestación es de uno de los miembros de la pareja (casada o no) o de un tercero/a. En este último caso, con o sin el consentimiento del marido o compañero de la mujer. Puede ocurrir, por tanto, que además del artificial procedimiento de fecundación el hijo haya nacido de la unión de gametos ajenos (uno, o los dos) a las personas que toman la decisión de que este hijo nazca, e incluso que la gestación se produzca en mujer diferente porque la que quiere se madre no puede llevar adelante un embarazo. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «La filiación en el umbral...», *loc. cit.*, pp. 104 y 139. En general, sobre el consentimiento ARTUCH IRIBERRI, E.: «La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el Derecho internacional privado», *AEDIPr*, 2000, T. 0, 2000, pp. 185-191.

(30) Numerosos autores franceses, como la socióloga THÉRY, I. observan en la estructura del parentesco un simbolismo institucional inmutable fundado en la diferencia de sexos y consagrado por las reglas del Código civil francés («Familles recomposées», *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutilations de la famille et de la vie privée*, Paris, La documentations française/Odile Jacob, 1998). Un excelente síntesis de argumentos naturalistas en esta materia en F. LEROY-FORGEOT, «Nature et contre-nature en matière d'homoparentalité», en M. GROSS (dir.), *Homoparentalités, état des lieux: Parentés et différence des sexes*, Paris, ESF éditeur, 2000, pp. 140-153.

(31) En el Reino Unido, *Civil Partnership Bill*, de 18 de noviembre de 2004; en Holanda *The Act Opening to Same-Sex Copules* de 21 de diciembre de 200, que entró en vigor el 1 de abril de 2001 (*Journal of the Kingdom of the Netherlands* de 11 de enero de 2001, núm. 9). Tanto en la regulación del Reino Unido como en la española, es posible la adopción para matrimonios o

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad

## II

cia canadiense de Quebec ha reformado su legislación sobre filiación para situar al niño en un nuevo eje genealógico. La Ley quebequesa del 24 de junio de 2002, que regula las uniones civiles y modifica las reglas de filiación, establece una presunción de paternidad en la unión civil, considerada en sentido amplio<sup>32</sup>. De tal forma que, cuando un niño nace de una procreación asistida durante la unión, se presume que el progenitor es el cónyuge de la mujer que lo alumbró, independientemente de su sexo. En cuanto al segundo vínculo materno, el modo de establecimiento varía en función del estatus jurídico de la pareja de lesbianas. Si existe matrimonio o unión legal, la cónyuge de la madre inseminada de forma artificial se considerará «co-madre» del nacido, en virtud de la presunción de parentesco inspirada en la presunción de paternidad aplicable en materia matrimonial<sup>33</sup>. En caso de una pareja de hecho, la compañera sentimental de la madre tendrá derecho a reconocer al hijo ante la autoridad del Registro Civil, sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento de adopción<sup>34</sup>.

La instauración en España de la Ley 13/2005, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre homosexuales<sup>35</sup> supone un desafío para el principio de la verdad biológica en sede de determinación de la filiación extrajudicial. El sentido de la filiación va evolucionando hacia nuevas perspectivas, como pueden ser la «conyugalidad homosexual y la homoparentalidad»<sup>36</sup>. Es fácil suponer que el modelo de «parentesco genealógico» sobre el que

uniones del mismo sexo. Este tipo de adopción no va más allá de transmitir los derechos parentales, ya que no se pretende situar al niño en un nuevo contexto o eje genealógico, por lo que sólo se inscriben los nombres de los adoptantes en el margen del acta de origen del nacimiento del adoptado.

(32) La terminología empleada en francés *présomption de parentalité* se ha traducido como presunción de paternidad en sentido amplio. No obstante, se ha tenido en cuenta el concepto de parental, ya que en el Diccionario de la Real Academia se define como perteneciente a los padres o parientes. En biología, se refiere a uno o ambos progenitores. En psicología, psicopedagogía, rol parental parece referirse a las relaciones padre-hijo, madre-hijo. El término «responsabilidad parental» utilizado en el Reglamento (CE) núm. 1347 (2000), del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes (DOCE de 30 de junio de 2000), que ha sido derogado por el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOCE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003) ha sido interpretado por MOYA ESCUDERO, M.: «Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II», en SÁNCHEZ LORENZO, S. y MOYA ESCUDERO, M. (dirs.): *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 105-150, en espec. pp. 112-114.

(33) El artículo 538.3 del Código civil de Québec dispone: «el niño, nacido de una procreación asistida de un proyecto parental entre cónyuges civilmente unidos, y que nace durante su unión o en los trescientos días después de su disolución, se presume que su otro progenitor natural es la cónyuge de la mujer que le dio a luz».

(34) Vid. ROY, A.: «La filiation homoparentale: esquisse d'une réforme d'une réforme précipitée», *Revue internationale enfances, familles, générations* (publiée par le Conseil de développement de la recherche sur la famille du Québec), 2004, núm. 1, <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/ni>; BUREAU, M.F.: «L'Union civile et les nouvelles règles de filiation au Québec: contrepoint discordant au éloge de la parenté désirée. Communication présentée lors du colloque sur l'union civile organisée par la Chaire du notariat de l'Université de Montréal, 29 novembre 2002», <http://agora.qc.ca/arc.nsf/Services/Colloques>; TAHON, M.B.: *Vers l'indifférence des sexes? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Boréal, 2004.

(35) (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

(36) Es evidente que, a la vista de la evolución histórica, los fundamentos considerados como naturales en cada cultura evolucionan bajo presiones varias y que las culturas no son paralizadas», vid. HANDAM, M.E.: «Sexualité et famille: approche anthropologique», en BORRILLO, D.; FASSIN E. IACUB M. (dir.): *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Presse Universitaires de France, Paris, 2000, pp. 245-259, en espec. p. 259. Para la mejor comprensión de estos conceptos novedosos como la conyugalidad homosexual y la homoparentalidad, vid. CHAMBERLAND, L.: «Famille

descansa el ordenamiento jurídico español de filiación se relativizará con los años y se aceptarán otros, como el homoparental u homofamilia. La cuestión estriba en saber cómo se determinaría la filiación de los hijos de matrimonios homosexuales. En tales situaciones, la legislación española baraja la posibilidad de un nuevo concepto: la «pluriparentalidad»<sup>37</sup>. Esta opción no resulta discordante, si se tiene en cuenta la urgencia de dar cobertura legal a las nuevas concepciones del establecimiento de la filiación que se han implantado en los últimos años: desde las técnicas artificiales de fecundación hasta las adopciones, contextos en los que la verdad biológica queda relegada a un segundo plano<sup>38</sup>. De hecho, la incorporación de un tercer párrafo al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas<sup>39</sup>, permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil español a favor de dos mujeres casadas sobre la base del elemento volitivo, con independencia del vínculo genético de la cónyuge de la madre<sup>40</sup>.

Asimismo, hay que hacer alusión a los alquileres de útero y la determinación de la filiación llevados a cabo fuera de España. Existen países que admiten el contrato de maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquileres de útero en su ordenamiento jurídico, por lo que españoles se trasladan a estos lugares para concebir a un hijo mediante este tipo de técnicas. La disyuntiva mayor que plantean estos casos es la recepción implícita del contrato de gestación por sustitución efectuada en el extranjero, ya que son contratos nulos de pleno derecho (ar-

homoparentales», *Le regroupement inter-organismes pour une politique familiale au Québec. Penson famille*, 2003, vol. 14, núm. 72, <http://www.familis.org/riopfq/publication/pensons72/chamberland.html>.

(37) En Quebec (Canadá) se plantea el concepto de pluriparentalidad en la Ley de Unión civil y el establecimiento de nuevas reglas de filiación, de 24 de junio de 2002 (L.Q., 2002, c. 6). Mediante esta reglamentación se concede el derecho de adoptar a un hijo a las parejas de homosexuales. El legislador de Quebec prefiere quedarse con la lógica binaria y restringe a dos el número de padres que un niño pueda tener. Sin embargo, se trata de unas de las grandes paradojas de la reforma de la filiación en Quebec, porque según datos proporcionados durante la comisión parlamentaria encargada de establecer recomendaciones al legislador, en nueve casos sobre diez niños que viven en una dinámica homoparental no son jurídicamente adoptables porque vienen de una unión heterosexual anterior donde el otro progenitor sigue vivo. Y son contados los casos en los que el progenitor natural renuncia legalmente a su hijo para consentir una adopción legal. Sobre el tema vid. ROY, A.: «*Les enjeux de la réforme du droit de la filiation*», *Colloque Regards sur la diversité des familles, organisé par le Conseil de la Famille*, mayo 2005, en <http://agora.qc.ca/colloque/cfe2005.nsf>. En este nuevo contexto legal, la Court of Appeal for Ontario admitió el establecimiento de una triple relación de filiación de un hijo respecto de sus progenitores biológicos y respecto de una mujer que formaba pareja afectiva con la madre biológica. La admisión del triple vínculo filial se fundamenta en la voluntad común de las integrantes de la pareja de alcanzar una maternidad y compartir responsabilidades derivadas de ella. El interés del hijo, en este caso, se reforzó mediante la adición de una segunda maternidad y sin desplazamiento de ninguna de las filiaciones ya determinadas legalmente. La citada decisión se puede consultar en [http://www.ontariocourts.on.ca/decisions\\_index/2007.htm](http://www.ontariocourts.on.ca/decisions_index/2007.htm), Title: AA vs BB, citation 2007 ONCA 2.

(38) Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 126-128; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «*¿Mater semper certa...?*», *loc. cit.*, pp. 14-18.

(39) (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007).

(40) Esta modificación desvirtúa la afirmación de la existencia de la maternidad única, ya que se permite que la filiación matrimonial materna conste a favor de dos mujeres. La cuestión que habría que despejar es el título de atribución de la segunda maternidad, pues resulta no muy adecuada utilizar la presunción establecida en el artículo 116 del CC relativa a los hijos que se presumen del marido de la madre. Quizás la clave para la determinación de la filiación y la correspondiente inscripción sea la emisión del consentimiento previo al nacimiento del hijo. Sin embargo, son muchas las dudas que surgen en torno a tal declaración. Vid. NANCLARES VALLE, J.: «*Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza*», AC, 2008, núm. 7 pp. 1-17, en especial pp. 7-14, (BIB 2008/579), en especial pp. 9-13.

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad

### II

título 10.1 LTRHA), considerando como madre a la mujer que da a luz al hijo y no a la que contrata a dicha mujer que da a luz, pues la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (artículo 10.2 de la LTRHA).

Esta dificultad se incrementa cuando el que contrata es un matrimonio de dos varones españoles, tal y como ha sucedido en la polémica Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. El órgano directivo revoca la decisión del Registro Civil Consular de Los Ángeles (EEUU) que denegó la inscripción de nacimiento y filiación de los hijos nacidos de un matrimonio contraído entre homosexuales españoles, por haber tenido lugar la gestación de aquéllos en virtud de contrato de vientre de alquiler realizado en el país referido. Sin entrar en la cuestión de fondo respecto de los contratos de gestación por sustitución y la contravención del orden público internacional español, se procede a otorgar validez a dicha situación en base al interés superior del menor, de forma tal que se ordena la inscripción de la filiación en el Registro Civil español. La DGRN argumenta esta respuesta exponiendo que el Derecho español admite la filiación a favor de dos varones en casos de adopción, por lo que no cabe distinguir entre hijos adoptados y naturales (artículo 14 CE). Además, se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil español a favor de dos mujeres que celebraron matrimonio entre ellas (artículo 7.3 de la LTRHA). De este precepto se infiere que la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos implicados. Por esta razón, no permitir la determinación de filiación de los nacidos de dos varones puede resultar discriminatorio por razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 del Texto constitucional. Asimismo, el interés del menor aconseja no rechazar tal inscripción para que los hijos de nacionalidad española no queden privados de una filiación en España, aunque ya estuviera inscrita en el extranjero. Hay que procurar la efectividad del derecho del hijo a una sola identidad, de modo que el establecimiento de la filiación sea válido en cualquier país, lo que evitaría un cambio de situación jurídica del hijo según el ordenamiento de que se trate.

Independientemente de la solución otorgada, tenemos que señalar la conveniencia de la filiación buscada por el matrimonio español. La autoridad californiana interviniente no resulta muy próxima a la situación, al tratarse de dos españoles que han buscado de forma previsible a la autoridad extranjera para establecer jurídicamente su paternidad biológica. De haber residido el matrimonio de españoles un tiempo prudencial en EEUU, se rechazaría la idea de búsqueda de un foro fraudulento. La DGRN insiste en que no cabe afirmar que se trate de un supuesto de fraude de ley, a fin de eludir el complejo procedimiento existente para la adopción internacional por matrimonios del mismo sexo. No obstante, opinamos que el matrimonio ha buscado el vínculo con las autoridades norteamericanas para obtener el beneficio de ser progenitores biológicos y, así, establecer la filiación de los nacidos del contrato de gestación por sustitución.

### III. LA FILIACIÓN DE COMPLACENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La determinación de la filiación ocasiona beneficios civiles y, en ocasiones, económicos, porque existe una estrecha vinculación entre el principio de la investigación de la paternidad y las consecuencias económicas de la filiación<sup>41</sup>. Ello origina que ciertas personas busquen establecer

(41) El Estado debe limitarse a regular las consecuencias económicas de las situaciones familiares. En este sentido *vid.* LA-CRUZ BERDEJO, L.J. y otros: *Elementos de Derecho civil*, tomo IV, Derecho de familia, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 12.

una relación de filiación para obtener ciertas ventajas, aun a riesgo de no existir correspondencia entre la filiación jurídica y la biológica.

El Código Penal español tipifica la filiación de complacencia como «la creación a *sabiendas* de una relación de filiación *mediando compensación económica*» (artículo 221.2 Código Penal). De la propia definición se deriva que el elemento objetivo del tipo penal es la necesidad de «que medie compensación económica». Muestra de ello es la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 17/2008, de 20 de febrero<sup>42</sup>, donde se comprueba que se creó a *sabiendas* una relación falsa de filiación de un menor uruguayo interviniendo compensación económica. Se confirma, por tanto, el delito relativo a la suposición de parto y alteración de la paternidad con compensación económica para eludir los procedimientos de adopción internacional y establecer una relación parental análoga a la de filiación<sup>43</sup>. A la persona que reconoce e inscribe a un menor uruguayo como hijo propio se le atribuye la autoría directa, mientras que al abogado que asesora en toda la operación se le inculpa como coautor, imponiéndoles respectivamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad sobre el menor afectado y de la profesión de abogacía, además de la de prisión.

En el ámbito del Derecho civil se prevé la acción de impugnación de la filiación no matrimonial por reconocimiento si falta la correspondencia con la realidad biológica, es decir, cuando los intervinientes en el acto formal admiten, si bien no lo manifiestan, que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto. Cuando se detecta tal fraude, el procedimiento judicial se somete al plazo y a los presupuestos de legitimación del ejercicio de tal acción, según lo dispuesto en el artículo 140 del Código Civil. Con presupuesto distinto e independiente es la prevista en el artículo 141 del Código Civil, que se utiliza cuando el reconocimiento voluntario se hubiera otorgado mediante error, violencia o intimidación, es decir, por los vicios de consentimiento, donde sólo se pretende dejar sin efecto el reconocimiento. Lo cierto es que el contenido de los artículos 140 y 141 del Código Civil ha dado lugar a distintas interpretaciones jurisprudenciales al intentar precisar el alcance y los límites de los reconocimientos de complacencia<sup>44</sup>.

Por otra parte, la nueva realidad migratoria puede provocar que se intente dar apariencia jurídica a un negocio jurídico simulado con objetivos migratorios para conseguir que la realidad regis-

(42) (JUR 2010/22796), en <http://westlaw.es/>. Vid. también la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal, de 23 de octubre de 2008 (LA LEY 147989/2008), en <http://Laleydigital.es/>.

(43) Vid. Audiencia Provincial de Madrid, Auto núm. 63/2003, de 11 de febrero (JUR/2003/180344); AP de Barcelona, Auto núm. 64/2009, de 26 de enero (JUR 2009/142188); Audiencia Provincial de Vizcaya, Auto núm. 16/2005, de 13 de enero (JUR 2005/79326), en <http://westlaw.es/>.

(44) Sobre la utilización de una u otra acción para impugnar el reconocimiento de complacencia, véase la discusión jurisprudencial del FJ 5.º de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 669/2004, de 12 de julio (RJ 2004/5356); también el FJ 2.º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 14 de septiembre de 2009 (JUR 2009/484434), en <http://westlaw.es/>. En este sentido vid. también la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 498/2004, de 4 de junio (RJ 2004/4418), comentada por RUBIO TORRANO, E.: «Reconocimiento de Complacencia», AC, núm. 4, 2005 (BIB 2005/401), en <http://westlaw.es/>; STS núm. 669/2004, de 12 de julio (RJ 2004/5356), comentada por GARCÍA VICENTE, J.R.: *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril 2005 (BIB 2004/1903); STS núm. 793/2004, de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/4676); STS núm. 1131/2001, de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9527); SAP de Barcelona núm. 657/2005, de 26 de octubre (JUR 2006/29150); SAP de Murcia núm. 236/2005, de 15 de julio (JUR 2006/81679); SAP Teruel núm. 71/2003, de 3 de abril de 2003 (AC 2003/831), en <http://westlaw.es/>. Para un análisis de la jurisprudencia recaída sobre impugnación de reconocimientos de complacencia vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas Sentencias recientes)», *Anuario de Derecho Civil*, julio-2005, núm. 53-3, pp. 1049-1113.

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad

### II

tral de la filiación beneficie a tales fines, alejándose del principio de verdad biológica que rige en materia de filiación en Derecho español. La enorme vulnerabilidad jurídica, personal y social que sufren los extranjeros irregulares los coloca en una situación de perenne debilidad. Y es que el verdadero objetivo de la filiación de complacencia es obtener determinadas ventajas en materia de nacionalidad y de extranjería. Con este contexto, y al igual que ocurre con el matrimonio de conveniencia, la reforma de la Ley de extranjería introduce una nueva infracción grave, como es «simular constituirse en representante legal de un menor, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito» [artículo 53.2.b) de la Ley de extranjería].

#### IV. LUCHA CONTRA LA FILIACIÓN DE COMPLACENCIA CONSTATADA EN LAS CERTIFICACIONES DE NACIMIENTO DE LOS REGISTROS CIVILES DE GUINEA ECUATORIAL Y REPÚBLICA DOMINICANA

La filiación de complacencia, además de lo señalado en el epígrafe anterior, también se vigila por el Encargado del Registro Civil. La Comisión Internacional de Estado Civil (en adelante CIEC), en su Recomendación núm. 9 de 17 de marzo de 2005<sup>45</sup>, deja patente una clara advertencia a los Estados miembros de la existencia de reconocimientos de complacencia, dado el incremento de trámites de nacionalidad, reagrupación familiar o, incluso, en supuestos de adopción. Los medios propuestos para combatir estos reconocimientos por complacencia han sido múltiples<sup>46</sup>, que van desde la denegación de la inscripción por parte del Encargado del Registro hasta el ejercicio de nulidad en la inscripción por el Ministerio Público.

En España, la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 2006 sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil<sup>47</sup> dispone los criterios y orientaciones prácticas a valorar por los Encargados de los Registros Civiles españoles (Municipales, Consulares y Central). La calificación se realiza en las certificaciones de las actas de los Registros Civiles extranjeros que se presenten ante el Registro Civil español, bien como título directamente inscribible, bien como documento complementario en cualquier tipo de expediente o actuación registral, según lo previsto en los artículos 23, 27 y 28 LRC y 85 RRC. La DGRN ha desvelado el aumento de estos reconocimientos de complacencia<sup>48</sup>, especialmente en expedientes de filiación no

(45) Vid. GUYON-RENARD, I.: «El fraude en materia de estado civil en los Estados miembros de la CIEC», *BIMJ*, año LI, 1 de septiembre de 1997, pp. 1779-1799. También en página <http://ciec1.org/>.

(46) Así, en Bélgica se aprueba el Código de DIPr. En los Países Bajos se crea un nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros. El legislador suizo atribuye mayores poderes a los Encargados de los Registros Civiles para poder denegar las inscripciones de documentos que consideren fraudulentos y en Reino Unido se logra la especialización de los Encargados con el fin de combatir el mismo objetivo.

(47) (BOE núm. 97, 24 de abril de 2006). Esta resolución acuerda hacer público el texto de la Recomendación núm. 9 del CIEC relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y su memoria explicativa adoptada por la Asamblea General el 17 de marzo de 2005.

(48) Como ejemplo de reconocimientos de complacencia, *vid.* las Resoluciones de la DGRN de 6 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/10117); (1.ª) de 24 de enero de 2002 (*JUR* 2002/120567); (1.ª) de 4 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/159202); de 9 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/15553); (2.ª) de 11 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003/1100); de 28 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003/2641); (5.ª) de 3 de junio de 2003 (*JUR* 2003/6528); (3.ª) de 15 de enero de 2004 (*JUR* 2004/138584); (2.ª) de 12 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/73151); (2.ª) de 3 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/150265); (2.ª) de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/9779); (5.ª) de 5 de julio de 2006 (BOE núm. 218, de 12 de septiembre de 2006); (2.ª) de 24 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006/291822); (2.ª) de la DGRN, de 30 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/291806), en <http://westlaw.es/>. La práctica de la DGRN observa, con especial inten-

matrimonial<sup>49</sup> y en inscripciones de nacimiento fuera de plazo<sup>50</sup>. El Encargado del Registro competente podrá y deberá calificar la declaración del autor del reconocimiento en cuanto a su capacidad e identidad, examinando la necesaria concurrencia de los requisitos legales establecidos en garantía de defensa de los intereses del reconocido para la eficacia del reconocimiento<sup>51</sup>, y siempre que no esté acreditada una filiación contradictoria (artículo 113 CC). El Juez Encargado del Registro Civil español podrá denegar la inscripción si constata que el acto de reconocimiento es ambiguo o se deduce que el autor de la declaración de paternidad no es el padre biológico, porque se prueba la inexistencia de cohabitación entre la madre y el presunto padre en la época en que se produjo el embarazo o la ausencia de posesión de estado en la relación paterno-filial o, en general, cuando existan en las actuaciones cualesquiera datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad. Y si el reconocimiento ya está inscrito se instará la nulidad del asiento. Sin embargo, opinamos que las simples sospechas constituyen una cuestión que escapa a la calificación del Encargado, quien sólo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce la falta evidente de veracidad del reconocimiento, porque existan datos significativos y concluyentes para deducir que el reconocimiento paterno no se ajusta a la realidad biológica.

Los Encargados de los Registros Civiles españoles controlan exhaustivamente los reconocimientos de paternidad realizados por español cuando el nacido es de madre extranjera soltera, frente a la mínima vigilancia que llevan a cabo cuando el reconocido es de madre española. Con frecuencia, el órgano resolutorio no tiene datos objetivos suficientes para detectar la filiación de complacencia, aunque la DGRN podría suministrar claves que identifiquen cuándo los consentimientos y la declaración son fraudulentos, como sucede con las presunciones utilizadas para detectar los matrimonios de complacencia<sup>52</sup>. Ahora bien, consideramos que aunque estas medidas evitarían la obtención automáticamente de beneficios fraudulentos, como facilitar

sidad y con ánimo fraudulento, que en los expedientes de inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española iniciados por sujetos que recientemente adquirieron la nacionalidad española surgen dudas sobre la veracidad del vínculo de filiación alegado entre el aparente progenitor y su presunto hijo. *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C.: «Todos somos extranjeros en algún lugar del mundo: incidencia de la extranjería en el Registro Civil español», *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 43-65, en espec. pp. 57 y 58.

(49) El artículo 185 RRC dispone que «sólo se podrá inscribir, en virtud de declaración formulada dentro del plazo, la filiación no matrimonial de hijo de casada, así como el reconocimiento de la filiación paterna de progenitor distinto del marido si se comprueba antes de la inscripción que no rige la presunción legal de paternidad de éste».

(50) Artículos 311 y 314 RRC. En un expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento, «en cuanto a la filiación se estará a lo legalmente dispuesto» (artículo 314 RRC). De esta manera, para poder inscribir la filiación no matrimonial es necesario que ésta haya quedado determinada legalmente por cualquiera de los procedimientos que establece el artículo 120 CC. *Vid.* OSÁCAR IBARROLA, A.: *Registro Civil*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, pp. 452-462.

(51) Artículo 124 CC, consentimiento expreso del representante legal del menor reconocido o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal; o consentimiento expreso del reconocido mayor de edad del artículo 123 del CC.

(52) La Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de complacencia (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006, p. 6330) sirve para controlar el consentimiento matrimonial por los Encargados del Registro Civil español y evitar el fraude de ley. La doctrina ha criticado este tipo de técnica normativa, ya que supone una alteración de los principios de la calificación registral en materia matrimonial. El Encargado del Registro sólo debe atender a cuestiones realmente objetivables y no puede ser un control sustancial de la legalidad basada en intenciones. Sobre el tema *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S.: «La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia», *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 247-275; *id.*, «La mujer marroquí ante el ma-

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad

## II

una futura atribución o adquisición de la nacionalidad española o ventajas en el sector de la extranjería, llegarían a obstaculizar derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del hijo (artículo 10 CE)<sup>53</sup> y el derecho a la intimidad personal y familiar del reconocedor (artículo 18 CE). Un control eventual de la veracidad en el consentimiento y en la declaración de la filiación por el Encargado del Registro coartaría los derechos en presencia, que no deben abandonarse al criterio de interpretación de un órgano administrativo. Con este tipo de prácticas, la autoridad registral, que actúa en ejercicio de una función no jurisdiccional, usurparía competencias a la autoridad judicial, que es la única idónea funcionalmente para declarar su nulidad.

La DGRN ha detectado múltiples fraudes en los procedimientos de adquisición y de opción de la nacionalidad española. Especialmente, resultan problemáticas las certificaciones de nacimiento que proceden de República Dominicana y de Guinea Ecuatorial. Estos ciudadanos suelen declarar en un primer momento no tener hijos, pero, posteriormente, aportan certificados extranjeros, acreditando que son progenitores, de fecha anterior a lo declarado; o manifiestan tener un hijo y después certifican tener varios; o, incluso, aportan certificaciones de nacimiento de los interesados practicadas muchos años después de acaecer el alumbramiento<sup>54</sup>. Y todo ello con el fin de reagrupar a estos menores, que no son descendientes del extranjero, para que se beneficien del procedimiento del Régimen Comunitario y puedan optar a la nacionalidad española.

Para detectar tales fraudes circulan notas oficiales en las que se advierte de dicho peligro en certificaciones emitidas por las autoridades de Guinea Ecuatorial y República Dominicana<sup>55</sup>. Así, el órgano competente controlará que el Registro extranjero sea regular y auténtico para garantizar que la inscripción de nacimiento no esté falsificada, y que la filiación allí contenida corresponda con la verdad biológica<sup>56</sup>. Para ello, el Encargado examinará la equivalencia en los requisitos y en las garantías de la inscripción del Registro extranjero, con el fin de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española<sup>57</sup>. En todo caso, es

trimonio de conveniencia», en RUIZ SUTIL, C. y RUEDA VALDIVIA, R.: *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2008, pp. 181-191.

(53) Cabe destacar que el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal, considerando al dato biológico como identidad de aquélla y que, posteriormente, ayuda a desarrollar su vida social.

(54) *Vid.* las Resoluciones de la DGRN de 16 de abril de 1994 (*RJ* 1994/4386); 26 de octubre de 1994 (*RJ* 1995/700); 11 de octubre de 1996 (*RJ* 1997/3507); (4.ª) de 25 de noviembre de 1998, BIMJ, núms. 1851-1852, pp. 2579-258; (1.ª) de 6 de julio de 1999 (*RJ* 1999/10129); 23 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999/10244); (2.ª) de 4 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/159203); (9.ª) de 14 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/195691); (8.ª) de 7 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/258111); (1.ª) de 21 de julio de 2003 (*JUR* 2003/237824); (1.ª) de 11 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/5986); (2.ª) de 24 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/6134); (3.ª) de 15 de enero de 2004 (*JUR* 2004/138584); (2.ª) de 24 de junio de 2004, BIMJ, núms. 1971-72, pp. 3292-3393; (5.ª) de 2 de diciembre de 2005 (*JUR* 2003/39904), en <http://westlaw.es/>.

(55) Por este motivo, la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, recoge criterios y orientaciones prácticas para prevenir estas simulaciones, tal y como dispone la Recomendación núm. 9 de la CIEC.

(56) Sobre la ausencia de garantías de una certificación extranjera para dar fe de la filiación *vid.* la Resolución (2.ª) de la DGRN, de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2008/256348), en <http://westlaw.es/>. También en *AEDIPr*, 2007, T. VII, pp. 1182-1184.

(57) «El hecho de que los artículos 23 LEC y 85 RRC permitan practicar inscripciones mediante la certificación de los asientos extendidos en Registros extranjeros sin necesidad de expediente, ello no implica que el Encargado haya de asumir una ac-

imprescindible la búsqueda del equilibrio entre el principio general de presunción de validez de los documentos extranjeros de estado civil, el interés general que representa la fiabilidad de los datos del estado civil y los derechos fundamentales del interesado<sup>58</sup>.

Este tipo de fraudes ha llevado a que los responsables consulares españoles, cuando descubren que los Registros extranjeros son poco fiables, propongan realizar una prueba de ADN en los procesos de reagrupación familiar, con la finalidad de comprobar la veracidad de los datos aportados por la persona que reagrupa y el hijo beneficiario<sup>59</sup>. Pero la legislación española sólo permite acudir a la prueba de ADN en los procesos judiciales de filiación o determinados procedimientos penales. En la actualidad, es inadmisibles obligar a los inmigrantes a realizar la prueba de ADN en los procesos administrativos de reagrupación familiar o de opción a la nacionalidad española.

En Francia, un Proyecto de Ley para regular la entrada de inmigrantes se planteó la posibilidad de exigir la prueba de ADN en los procedimientos de reagrupación familiar<sup>60</sup>. Tal medida fue muy polémica y, finalmente, fue rechazada por el legislador del país vecino. Por el contrario, la legislación de Suiza<sup>61</sup> la admiten cuando existen dudas en la declaración o en los documentos probatorios de reagrupación familiar.

Con el objetivo de erradicar las filiaciones de complacencia, no sabemos si el legislador español se planteará modificar nuestro Derecho a efectos de admitir la prueba de ADN para la reagrupación familiar y la opción a la nacionalidad española. Aunque el legislador español podría asumir esta solución, tendría que reestructurar el vigente estatus legal, que reserva la prueba de ADN al ámbito judicial<sup>62</sup>. Si lo hiciera, tendría que reflexionar sobre los derechos fundamentales afectados, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del hijo (artículo 10 CE) y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del progenitor (artículo 18 CE).

En definitiva, la determinación de la filiación vinculada a los efectos beneficiosos del Derecho de extranjería y del Derecho de la nacionalidad puede hacer aumentar las filiaciones de com-

titud pasiva ante la presentación de tales certificaciones y limitar su actuación a la transcripción automática de los datos en ellas consignados», tal y como dispone la Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 1993 (*RJ* 1993/3243), en <http://westlaw.es/>.

(58) Vid. las recomendaciones de la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil (*BOE* núm. 97, de 24 de abril de 2006).

(59) El Instituto Nacional de Toxicología ha recibido 182 expedientes de reagrupación familiar desde abril de 2006 en los que se pide la prueba de paternidad, que siempre es voluntaria, para comprobar la relación paterno-filial, según fuentes del Ministerio de Justicia. Los análisis voluntarios de pruebas de ADN a las personas que pretenden acogerse a la reagrupación familiar se solicitan desde los consulados de Shangai, Pekín (China) y Lagos (Nigeria) y está en proyecto pedir las también en Dakar (Senegal), manifestaron a Efe fuentes del Ministerio de Asuntos Exteriores. El objetivo de la iniciativa es evitar fraudes, pero su realización no incluye la concesión del visado, en <http://www.adn.es/ciudadanos/20070914/NWS-1446-Toxicologia-reagrupacion-inmigrantes-paternidad-prueba.html>.

(60) Vid. <http://www.senat.fr/leg/pplog-001.html>.

(61) [http://www.swissinfo.ch/spa/index/Migracion:\\_Suiza\\_practica\\_ya\\_pruebas\\_de\\_ADN.html?cid=817846](http://www.swissinfo.ch/spa/index/Migracion:_Suiza_practica_ya_pruebas_de_ADN.html?cid=817846).

(62) En esta línea, el Colegio de Abogados de Granada ha firmado un Convenio con la empresa «Laboratorios Lorgen», pionera en la investigación genética y la biología molecular, para que los letrados ofrezcan a sus clientes los servicios de análisis e identificación genética para pruebas declarativas de paternidad, identificación genética de hijos adoptados o de inmigrantes para facilitar su reagrupación familiar. Esta noticia se puede consultar en <http://www.granadadigital.com/>.

## Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad

II

placencia. No obstante, las partes implicadas en estos fraudes deben quedar advertidas de los efectos derivados del establecimiento del de filiación, como son los deberes y obligaciones de patria potestad, alimentos o sucesiones. Únicamente cabe la posibilidad de iniciar un procedimiento judicial para impugnar la filiación, según las normas reguladoras de este tipo de acción y con los riesgos económicos y de tiempo que conlleva.

### V. CONCLUSIONES

Los distintos supuestos que relacionan la filiación con los efectos beneficiosos del Derecho de extranjería y del Derecho de la nacionalidad llevan a una conclusión: si el extranjero puede acreditar un vínculo de filiación con español (ascendencia o descendencia), podrá obtener un «estatus legal más ventajoso», lo que puede derivar en el incremento de las filiaciones de complacencia.

Las patologías existentes en el sistema español demuestran la evidente quiebra del principio de verdad biológica en materia de filiación. De lo señalado en esta investigación podemos realizar una reflexión: el legislador español sabe que concurren filiaciones donde no existe identidad entre la relación biológica y la jurídica y, en cambio, les concede los mismos efectos que a las otras. De hecho, cada vez son más este tipo de filiaciones, como, por ejemplo, el establecimiento de la doble maternidad o la doble paternidad en el Registro civil español. Esta afirmación origina que nos planteemos la siguiente cuestión: ¿es acertado incrementar el control para descubrir las filiaciones de complacencia surgidas al amparo de la nueva realidad migratoria, conociendo que en nuestro Derecho se regulan filiaciones jurídicas que vulneran el principio de veracidad biológica?

La filiación de complacencia se combate desde los ámbitos de los Derechos penales, civiles y extranjería, aunque también se vigila por el Encargado del Registro Civil. La Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 2006 sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil dispone los criterios y orientaciones prácticas a valorar por los Encargados de los Registros Civiles españoles. La DGRN, en un futuro inmediato, podría suministrar claves que identifiquen cuándo los consentimientos y la declaración son fraudulentos, tal y como ha realizado para combatir los matrimonios de complacencia. Pero con este tipo de prácticas, la autoridad registral, que actúa en ejercicio de una función no jurisdiccional, usurpa las competencias a la autoridad judicial, que es la única idónea funcionalmente para declarar su nulidad.

Es cierto que la DGRN ha detectado múltiples fraudes en los procedimientos de adquisición y de opción de la nacionalidad española, como en las certificaciones de nacimiento, donde consta la filiación, que proceden de República Dominicana y de Guinea Ecuatorial. Con el objetivo de erradicar las filiaciones de complacencia, no sabemos si el legislador español se planteará modificar nuestro Derecho a efectos de admitir la prueba de ADN para la reagrupación familiar y la opción a la nacionalidad española, tal y como ha efectuado algún legislador europeo. Si se asumiera esta solución, se tendría que reformar el vigente estatus legal, que reserva la prueba de ADN al ámbito judicial, y procurar que esta modificación no sea un atentado contra los derechos fundamentales afectados.



GEORGINA A. GUARDATTI

Abogada argentina, Máster en Especialización e Investigación en Derecho (Universidad de Zaragoza, España), forma parte del Grupo consolidado de Investigación sobre Migraciones Internacionales y Derechos Humanos

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza  
Director del Máster *On Line* sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, Director Adjunto de esta REDMEX y Coordinador del Grupo consolidado de Investigación sobre Migraciones Internacionales y Derechos Humanos

III

## Las relaciones migratorias Unión Europea–América Latina como factor latinoamericano de cohesión

# RESUMEN

### LAS RELACIONES MIGRATORIAS UNIÓN EUROPEA-AMÉRICA LATINA COMO FACTOR LATINOAMERICANO DE COHESIÓN

El presente estudio analiza la relación birregional entre la UE y América Latina y el Caribe, apenas desarrollada en materia migratoria. La progresiva regionalización (americana y europea) de la cuestión migratoria permite que en cada espacio regional se aplique la libertad de circulación de las personas o *ius migrandi*. Pero la relación birregional migratoria se ve dificultada por determinadas acciones europeas (Reglamento de visados, Directiva de retorno, etc.), que refuerzan la Europa fortaleza. Paradójicamente estas negativas acciones se transforman en factor latinoamericano de cohesión.

# ABSTRACT

### THE MIGRATORY RELATIONS EU-LATIN AMERICA AS A LATINAMERICAN FACTOR OF COHESION

This research analyzes the relation between the European Union, Latin America and the Caribbean, which has just been developed in terms of migratory subject. The progressive regionalization (American and European) of the migratory issue allows, in each regional space, the application of free circulation of people or *ius migrandi*. But the migratory biregional relation is difficult due to certain European actions (Visa regulations, Return Directive, etc.), that reinforce the European strength. Paradoxically, these negative actions are being transformed in a cohesive Latin American factor.

# SUMARIO

I. La afirmación (americana y universal) del *ius migrandi* como derecho humano.

II. La progresiva regionalización americana de la cuestión migratoria. A) Una referencia al «Proceso Puebla» y al «Proceso Lima». B) Los avances migratorios y de derechos humanos en el MERCOSUR. C) El compromiso de Montevideo sobre migraciones y desarrollo. D) La UNASUR y el proyecto de creación de una ciudadanía suramericana.

III. La asociación estratégica UE-ALC y la inmigración.

IV. Las dificultades de la UE para establecer una auténtica asociación estratégica UE-ALC en materia migratoria. A) El Reglamento de Visados. B) La insistencia de la UE en los acuerdos y cláusulas de readmisión. C) Las dificultades surgidas con la adopción de la Directiva europea de retorno. D) Tres reacciones americanas a la Directiva de retorno. a) Las reacciones del Proceso Lima. b) La reacción del MERCOSUR. c) La reacción de la UNASUR. E) Las reacciones a la adopción de la Directiva sobre sanciones a los empleadores. a) Una visión crítica de esta Directiva. b) Algunas reacciones.

V. Las relaciones actuales entre la UE y ALC. Una mirada particular: España y Argentina.

VI. Conclusión: la cohesión migratoria latinoamericana es potenciada por las reacciones a las medidas de mantenimiento de la «Europa fortaleza».

## I. LA AFIRMACIÓN (AMERICANA Y UNIVERSAL) DEL *IUS MIGRANDI* COMO DERECHO HUMANO

El fenómeno de las migraciones se encuentra estrechamente ligado a la misma realidad humana, se trate de migraciones voluntarias o forzadas. Este fenómeno se encuentra íntimamente conectado con la realidad americana y universal.

En el siglo XVI el teólogo-jurista español Francisco DE VITORIA, tratando de justificar la conquista española de América, afirmaba la existencia del derecho de toda persona a circular libremente y a establecerse pacíficamente en territorios ajenos a su propio Estado. Este derecho, considerado como un *ius humanitatis*, patrimonio universal de todas las personas, siguió reconociéndose con posterioridad, incluida la primera mitad del s. XX. Francisco DE VITORIA, entre otras cosas, afirma: «Mas en todas las naciones se considera inhumano el tratar y recibir mal a los transeúntes y sin justa causa para ello y, por el contrario humano y cortés tratar bien a los extranjeros...».

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

La lucidez DE VITORIA en las tesis esenciales defendidas en *Relectio de Indis* o *La Libertad de los Indios*<sup>1</sup> debe llevar a plantearnos su actual vigencia a la luz del Derecho Internacional de Derechos Humanos; pero también debe conducirnos a afirmar los posibles límites del *ius migrandi*, los contrapuntos éticos y jurídicos, los intereses que, a su reconocimiento, oponen los actuales Estados.

Como escribe Carlos FUENTES, el siglo XVI protagonizó la primera globalización y los problemas de aquélla no son disimilares de los del siglo XXI, sobre todo en dos aspectos:

- «Lo que Europa intentó con la primera globalización fue lo mismo que hoy requiere la mundialización... Una nueva legalidad para una nueva realidad».
- «VITORIA les da a los indios la misma calidad de sujetos de derecho que a los habitantes de Sevilla y funda el Derecho Internacional en la universalidad de los Derechos Humanos»<sup>2</sup>.

Teniendo en cuenta esos datos esenciales, Juan Bautista ALBERDI escribe, a mitad del siglo XIX, que gobernar es poblar «en el sentido de que poblar es educar, mejorar, civilizar, enriquecer y engrandecer espontánea y rápidamente». Habla de «la libertad de la inmigración...», señalando que «la inmigración espontánea es la mejor; pero las inmigraciones sólo van espontáneamente a países que atraen por su opulencia y por su seguridad o libertad»<sup>3</sup>.

El pensamiento de ALBERDI influye decisivamente en la redacción literal del artículo 20 de la Constitución Argentina de 1853, en el que puede leerse: «Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República».

Que esta concepción del *ius migrandi* no era impugnada se deduce asimismo de diversos autores y de otros textos normativos, tanto internos como internacionales. Podemos citar en el Derecho interno español, por ejemplo, las Constituciones de 1869 y de 1876<sup>4</sup>. En esa misma dirección se pronuncia la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en 1948, que afirma en su artículo 13: «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado».

Pero en el siglo XX el ciclo migratorio ha modificado su dirección. Si en el pasado América en general fue tierra de acogida de inmigrantes (Estados de acogida de millones de europeos y

(1) Según la edición crítica bilingüe de L. PEREÑA y J.M. PÉREZ PRENDES, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, p. 79. Las citas posteriores se hallan en las pp. 77-89.

(2) FUENTES, Carlos, «Europa y América Latina», *Le Monde Diplomatique*, Edición española, núm. 97, noviembre, 2003, p. 32.

(3) ALBERDI, Juan Bautista, «Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina», texto en <http://www.alberdi.org.ar>, pp. 14-16.

(4) La Constitución de la Monarquía Española, adoptada en 1876, afirmaba en su artículo 2: «Los extranjeros podrán establecerse en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas. Los que no estuvieren naturalizados no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción».

africanos, sobre todo), hoy América Latina resulta tierra de origen de éstos (Estados de emisión), que con gran frecuencia se dirigen bien a los Estados Unidos o Canadá, bien a Europa.

En esta perspectiva general conviene no olvidar otro aspecto: La trascendencia de los procesos de integración a ambos lados del Océano. Las migraciones cada día en mayor medida se desestatalizan<sup>5</sup>, escapan al poder de los Estados y precisan marcos políticos y jurídicos más amplios, entre ellos un marco universal de Derechos Humanos; además resulta imprescindible hoy elaborar marcos regionales en los que se adopten políticas que conduzcan a una gestión más racional del fenómeno.

En realidad –como pone de relieve Eduardo E. DOMÉNECH– está produciéndose la emergencia de una nueva agenda política internacional sobre migraciones en la región sudamericana. Esta nueva agenda recoge algunos de los cambios que se suceden a partir de la intervención de actores políticos que desarrollan actividades internacionales, multinacionales y transnacionales<sup>6</sup>. Por eso hablamos de la progresiva regionalización americana de la cuestión migratoria y de su incidencia en la relación birregional UE-ALC, con las dificultades que esta relación tiene en la actualidad.

## II. LA PROGRESIVA REGIONALIZACIÓN AMERICANA DE LA CUESTIÓN MIGRATORIA

Al examinar esta cuestión debemos recordar los enfoques de las conferencias americanas sobre migraciones internacionales, dos intentos de regulación de la realidad migratoria americana actual. El examen de las conferencias y de los logros alcanzados por el MERCOSUR y la UNASUR resulta imprescindible para conocer cuál es la dirección de la posible asociación estratégica UE-ALC en el ámbito migratorio.

### A) Una referencia al «Proceso Puebla» y al «Proceso Lima»

En marzo de 1996, a iniciativa de México, la Conferencia Regional sobre Migración (CRM)<sup>7</sup> celebró su primera reunión, contando con la participación también de Canadá y Estados Unidos. Este proceso regional consultivo (conocido de manera informal como **Proceso Puebla**, por haberse realizado la primera sesión en dicha ciudad mexicana) es pionero en América<sup>8</sup>.

Estamos ante una instancia o foro intergubernamental regional de diálogo y concertación entre países de origen, de tránsito y destino o recepción de la inmigración. Entre los resultados más significativos, hasta la XIV Conferencia Regional sobre Migración (CRM) realizada en la Ciudad de Guatemala en julio de 2009, destacaremos:

(5) A pesar de los innumerables esfuerzos de los Estados en sentido contrario: Fronteras y muros, exigencia de pasaportes, visados, permisos de residencia y permisos de trabajo, expulsiones de extranjeros, etc.

(6) DOMÉNECH, Eduardo E., «La agenda política sobre las migraciones en América del Sur: el caso de Argentina», *Revue Européenne de la Migration Internationale*, julio 2007, pp. 234 y ss.

(7) Se puede consultar el sitio web oficial de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) en <http://www.crmsv.org/>.

(8) CUBÍAS, Elizabeth y MONZÓN, Luis, «La Conferencia Regional sobre Migración o Proceso Puebla como proceso regional consultivo», 17 de noviembre de 2005, [http://www.un.org/esa/population/meetings/IttMigLAC/Po3\\_LMonzon.pdf](http://www.un.org/esa/population/meetings/IttMigLAC/Po3_LMonzon.pdf).

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

- En la Declaración de Panamá (2004)<sup>9</sup> se adoptaron dos documentos relativos al retorno:
  - a) Los «Lineamientos para el establecimiento de mecanismos multi y/o bilaterales entre los países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración en materia de retorno de migrantes regionales por vía terrestre»; y
  - b) El «Marco general de ejecución del programa de cooperación multilateral para el retorno asistido de migrantes extra-regionales varados en Países miembros de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) o Proceso Puebla».
- La Declaración Final de Guatemala (2009) prorrogó la vigencia del «Memorándum de Entendimiento entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de la República de El Salvador, de la República de Guatemala, de la República de Honduras y de la República de Nicaragua, para la Repatriación Digna, Ordenada y Segura de Nacionales Centroamericanos Vía Terrestre y el establecimiento de su respectivo manual operativo».

Pero el Proceso Puebla sufre un problema de gran impacto: la construcción del muro en la frontera entre EEUU y México, muro de algo más de 1.200 km de longitud; aun cuando nos encontremos cada día en mayor medida en un **mundo amurallado**, muchas veces por motivos migratorios, dicha construcción lastra gravemente las relaciones internacionales en el terreno migratorio. Por eso, la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Montevideo en 2006, adoptaba un Comunicado Especial «contra la construcción de un muro en la frontera México-Estados Unidos». En dicho texto se lee que «la construcción de muros no detiene la migración indocumentada, el tráfico de migrantes ni la trata de personas, incita a la discriminación y la xenofobia y favorece la aparición de grupos de traficantes que ponen en mayor peligro a las personas». Por otro lado, el Comunicado Especial advierte que su construcción «constituye una medida unilateral contraria al espíritu de entendimiento que debe caracterizar la atención de los problemas comunes entre países vecinos y afecta la cooperación en el Hemisferio».

Por otro lado, en julio de 1999 se celebraba en Lima el Encuentro Sudamericano sobre Migraciones, Integración y Desarrollo. Ello daría lugar a la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, denominada a veces **Proceso Lima**<sup>10</sup>.

En cuanto a los resultados obtenidos, la Tercera Conferencia, celebrada en Quito en 2002, planteaba una serie de cuestiones de gran interés, apenas vislumbradas en los Estados europeos; entre ellas la corresponsabilidad de la migración entre los países de origen y los de destino en las migraciones en general y en el tráfico ilegal de personas en particular y, sobre todo, «el reconocimiento de las compensaciones que requieren los países en desarrollo, por los perjuicios que se derivan de este proceso, especialmente en lo que respecta a la pérdida de recursos humanos». Surge de esta forma la permanente cuestión de la marcha de personal formado en el Sur para trabajar en el Norte, con el consiguiente ahorro del Norte rico, pues no tiene que invertir recursos en la formación de tales personas (profesionales sanitarios, informáticos, investigadores, etc.) y la subsiguiente pérdida del Sur en los recursos económicos y humanos mejor preparados.

(9) Las Conferencias pueden consultarse también en [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=4227](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=4227).

(10) Los textos adoptados por las Conferencias pueden consultarse en <http://www.oimconosur.org/variados/index.php?url=conferencia>.

En la Conferencia de Montevideo, en 2003, destacan tres aspectos:

- 1.º «Los derechos humanos de los migrantes y sus familias constituyen una obligación jurídica y una base ética para el desarrollo humano de la población de los países sudamericanos».
- 2.º Identifica como ejes: a) Propiciar y desarrollar las políticas, programas y acciones que faciliten la circulación, permanencia y residencia de los nacionales de los países de la región en su interior; b) Coordinar las acciones que permitan una asistencia y protección de los Derechos Humanos de los migrantes; c) Promover la inclusión de la variable migratoria en los diferentes ámbitos de negociación bilateral y multilateral.

La Declaración de Asunción adoptada en 2006, partiendo siempre de los Derechos Humanos, otorga la importancia debida a los tratados internacionales más actuales en la materia como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional, así como sus dos Protocolos sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y sobre Trata de Personas.

En la Conferencia organizada en Montevideo en 2008 se enfatizó la importancia de que los países desarrollados adoptasen políticas necesarias para evitar que las asimetrías económicas internacionales, los multimillonarios subsidios que distorsionan la competitividad y la falta de apertura de sus mercados a los productos de los países en desarrollo profundicen las causas de las migraciones.

## B) Los avances migratorios y de derechos humanos en el MERCOSUR

Analicemos ahora los avances migratorios en el ámbito suramericano, en concreto en el MERCOSUR<sup>11</sup>. Para ello, debe recordarse la trascendencia del Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR, que (como otros Foros) funciona como parte de las tareas realizadas por los Ministros de Interior de la Organización.

Estos avances permitían firmar, el 5 de diciembre de 2002 en Brasilia, dos acuerdos: uno sobre regularización migratoria interna de los ciudadanos del MERCOSUR y otro sobre regularización migratoria interna de los ciudadanos del MERCOSUR, Bolivia y Chile<sup>12</sup>.

En esta materia destacaremos la importancia del Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, firmado en Salvador de Bahía (Brasil) el 6 de diciembre de 2002. Ha de tenerse en cuenta que no estamos ante un acto de derecho derivado del MERCOSUR sino ante un tratado internacional sometido a la manifestación del consentimiento de los Estados que deseen ser partes siempre que sean miembros del MERCOSUR o Asociados a esta Organización Internacional<sup>13</sup>.

(11) AGUIRRE, O.; MERA, G. y NEJAMKIS, L., «Migrantes y ciudadanos. Avances y contradicciones del MERCOSUR», <http://www.iigg.fsoc.uba.ar/pobmigra/archivos/PonenLibreCirculac.pdf>.

(12) Acuerdos 11/02 y 12/02, adoptados por la XXII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, Bolivia y Chile, texto en <http://www.presidencia.gub.uy/proyectos/2004060401.htm>.

(13) Texto en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/ley/25902.html>.

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

El objeto del Acuerdo nos lo concreta el artículo 1, que señala textualmente: «Los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último, de conformidad con los términos de este Acuerdo, mediante la acreditación de su nacionalidad y presentación de los requisitos previstos en el artículo 4 del presente<sup>14</sup>».

El Acuerdo, realmente interesante y avanzado en materia migratoria, atribuye (artículo 8) a las personas que hayan obtenido su residencia el «derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio del país de recepción, previo al cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y seguridad pública». Además, «tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena, en las mismas condiciones, que los nacionales de los países de recepción, de acuerdo con las normas legales de cada país».

Por otra parte recordaremos el **Acuerdo sobre exención de Visas** entre los Estados Partes del MERCOSUR, que beneficia a las siguientes categorías: artistas, profesores, científicos, deportistas, periodistas, profesionales y técnicos especializados<sup>15</sup>.

El 15 de diciembre de 2003, en otro importante avance, el Consejo del Mercado Común (MERCOSUR) adoptaba la Decisión (CMC Mercosur) 16/2003<sup>16</sup>, o sea, el Acuerdo para la creación de la «VISA MERCOSUR». También hemos de tener presente el **Acuerdo sobre el procedimiento para la verificación de egreso e ingreso de menores** en los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR (de 21 de julio de 2006).

Finalmente, recordaremos que el Consejo del Mercado Común aprobó en el año 2009 la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDDHH), con el objetivo de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados Partes, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en Derechos Humanos, y contribuir a la consolidación de los Derechos Humanos como eje fundamental de la identidad y desarrollo del MERCOSUR. Teniendo en cuenta la consolidación de la promoción de los Derechos Humanos como base del proceso de integración, el Consejo del Mercado Común aprobó la Decisión núm. 32/09 que aprueba el Acuerdo Sede del IPPDDHH, que permitirá su funcionamiento en la ciudad de Buenos Aires. En abril de 2010 el Grupo Mercado Común designó al Dr. Víctor E. Abramovich para el cargo de Secretario Ejecutivo del IPPDDHH, por el plazo de dos años a partir de la plena puesta en funcionamiento del Instituto, mediante la aprobación de la Resolución GMC núm. 05/10.

### C) El compromiso de Montevideo sobre migraciones y desarrollo

En noviembre de 2006 se reunían en Montevideo los Jefes de Estado y de Gobierno de los 22 países que conforman la Comunidad Iberoamericana de Naciones, celebrando su XVI Cumbre.

(14) El artículo 4 permite dar una residencia temporaria de hasta dos años presentando un pasaporte o cédula de identidad o certificado de nacionalidad válido, partida de nacimiento y comprobación del estado civil de la persona (en su caso), certificados de ausencia de antecedentes judiciales, penales y policiales en el Estado de origen y en el de acogida y certificado médico (en su caso). Además habrá que abonar las correspondientes tasas.

(15) MERCOSUR/CMC/DEC. núm. 48/00 texto en <http://www.cancilleria.gov.ar/comercio/mercosur/normativa/decision/2000/dec4800.html>.

(16) Texto en <http://www.latimer.com.ar/legisutil/legis-2004/dec-cmc-mercosur-16-2003.htm>.

Adoptaban, entre otros documentos, la Declaración de Montevideo y el denominado Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo, que forma parte de la Declaración<sup>17</sup>. El Compromiso pone el acento en la trascendencia de las migraciones para América pues «marcan nuestro presente y constituirán un factor fundamental en nuestro futuro». Se solicita un análisis completo del fenómeno, desde una perspectiva global y coherente, siempre centrado en los Derechos Humanos.

El Compromiso tiene dos partes, una declaratoria y otra declamatoria. En la parte declaratoria sobresale «el estricto apego al principio de no discriminación», el situar a «la persona del migrante en el centro de los programas o proyectos migratorios», la necesidad de contribuir a que «la migración sea una decisión y no una necesidad», etc. Destacan otros aspectos, como el que recuerda que los Estados tienen derecho a regular el ingreso y la permanencia de personas en su territorio (olvidándose por cierto del hecho según el cual los Estados deben «soportar» a sus nacionales), el que resalta la necesidad de que las políticas migratorias no estigmaticen a los migrantes, o el que pone de manifiesto la trascendencia de las remesas, que «no deben ser catalogadas como ayuda oficial al desarrollo, puesto que son flujos financieros privados, de solidaridad familiar». El mayor interés de esta parte radica en que «el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación contra los migrantes y sus familiares son incompatibles con los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho»; y que «migrar no es un delito, por lo que los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante». Cuando numerosos medios de comunicación, parte de la opinión pública e incluso algunos medios académicos mantienen lo contrario, habrá que recordar que la consideración de la migración (incluso la indocumentada) como delictiva en realidad esconde racismo, xenofobia y discriminación.

La parte declamatoria permite que los Jefes de Estado y de Gobierno afirmen que se comprometen a respetar los Derechos Humanos, prevenir y combatir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, fortalecer el diálogo interregional en la materia, asumen el compromiso de celebrar un Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, etc.

#### D) La UNASUR y el proyecto de creación de una ciudadanía suramericana

La Comunidad Suramericana de Naciones se configuraba con la decisión de los Presidentes de la región reunidos en Cuzco, Perú, el 8 de diciembre de 2004, y tiene sus documentos fundacionales en las Declaraciones de Cuzco y Ayacucho. Refleja un intenso proceso de aproximación de los dirigentes políticos de la región en los últimos años. Engloba a todos los Estados del MERCOSUR y a los de la Comunidad Andina de Naciones a los que se suman Chile, Guyana y Surinam.

Antes de la celebración de la cumbre de Cochabamba, el Presidente Evo MORALES presentaba una propuesta el 2 de octubre de 2006, en la que puede leerse: «Avancemos hacia una ciudadanía sudamericana. Aceleremos las medidas que facilitan la migración entre nuestros países, garantizando la plena vigencia de los derechos humanos y laborales y enfrentando a los traficantes de todo tipo, hasta lograr el establecimiento de una ciudadanía sudamericana»<sup>18</sup>.

(17) Los documentos pueden consultarse en <http://www.xvicumbre.org.uy>.

(18) Texto en [http://www.comunidadandina.org/unasur/propuesta\\_boliviana.htm](http://www.comunidadandina.org/unasur/propuesta_boliviana.htm).

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

La Declaración de Cochabamba de 2006 (de momento, una declaración política, pero que demuestra por dónde van las preocupaciones en América Latina en el terreno migratorio), al hablar de los objetivos de la Comunidad Suramericana de Naciones, incluye los dos siguientes:

- Hacia una ciudadanía suramericana: alcanzar progresivamente el reconocimiento de derechos civiles, políticos, laborales y sociales para los nacionales de un Estado miembro en cualquiera de los otros Estados miembros.
- Migración: abordar el tema de la migración con un enfoque integral y comprensivo, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos que conduzca a una cooperación efectiva, particularmente en áreas estratégicas, como la vinculación entre la migración y el desarrollo y la armonización de políticas. En este sentido, destaca la importancia de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias.

Por otra parte recordaremos que el 20 de julio de 2006 se firmaba en Córdoba (Argentina) el Acuerdo para la concesión de un plazo de noventa (90) días a los turistas nacionales de los Estados parte en el MERCOSUR y Estados Asociados (Decisión MERCOSUR/CMC/DEC núm. 10/06). El Acuerdo era firmado por los cuatro miembros del MERCOSUR más Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela como asociados. Este mismo Acuerdo era firmado el 24 de noviembre de 2006 en Santiago de Chile por los cancilleres de las 12 naciones que conforman la UNASUR.

El acuerdo implica que, con la sola presentación del documento de identificación vigente en su país de origen, las personas podrán moverse de un país a otro como turistas, otorgándoseles un plazo de permanencia de 90 días. Desde luego la concesión de esta visa no autoriza a quienes viajen a otro país a ejercer una actividad o profesión de carácter remunerado. Además, los Estados partes conservan el derecho de no admitir en su territorio a determinadas personas, en aplicación de sus legislaciones internas. Estamos ante un acuerdo de mínimos (como expresa mente reconoce su artículo 3), que establece normas regionales sobre movilidad de personas y fija estándares comunes en base a la reciprocidad.

Todo el proceso desemboca en el Tratado constitutivo de la UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS, firmado en Brasilia el 23 de mayo de 2008, destacando especialmente el artículo 3.i), que dice: «La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivos específicos: i) la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado miembro residentes en cualquiera de los otros Estados miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana».

Finalmente, la Declaración Final de Buenos Aires, de la Reunión Extraordinaria del Consejo de jefes y jefas de Estado de la Unión de Naciones Suramericanas, de 4 de mayo de 2010, en su párrafo 23, señala que los Estados miembros: «Confirman el interés prioritario de la UNASUR de impulsar el proceso de integración en los aspectos más urgentes para el desarrollo humano de sus poblaciones, particularmente en lo concerniente al tema migratorio. Para lo cual, inspirados en los principios y objetivos del Tratado Constitutivo, en la Declaración Presidencial de Quito de 10 de agosto de 2009, así como en los acuerdos alcanzados en la IX Conferencia Suramericana sobre Migraciones, singularmente en lo referente a la construcción de la ciudadanía Suramericana, instruyen al Consejo de Delegadas y Delegados de la UNASUR, en coordinación con la Conferencia Suramericana, iniciar el proceso de relacionamiento con dicha Conferencia»<sup>19</sup>.

(19) Texto en <http://www.comunidadandina.org/unasur/4-5-10BuenosAires.htm>.

### III. LA ASOCIACIÓN ESTRATÉGICA UE-ALC Y LA INMIGRACIÓN

Pasemos ahora a las relaciones birregionales. En esta perspectiva, desde 1999 con la Cumbre de Río, se habla de una asociación estratégica birregional entre la UE y América Latina y el Caribe<sup>20</sup>. A dicha Cumbre le sucedieron las celebradas en Madrid (España 2002), Guadalajara (México 2004), Viena (Austria 2006), Lima (Perú 2008)<sup>21</sup> y Madrid (España 2010). El proceso de las cumbres se ha visto reforzado por la acción de EuroLat, Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana<sup>22</sup>. En numerosas ocasiones se llega a hablar de una Comunidad Transatlántica de intereses.

Esta asociación –prácticamente no formalizada en la actualidad– se sustenta en el pleno respeto del Derecho Internacional Público y de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y debe trabajar siempre en un espíritu de igualdad, alianza y cooperación. Se centra en el diálogo político-institucional, con algunos avances estructurales, en la estrategia económico-comercial y socio-cultural<sup>23</sup>. En todo caso, no ha de olvidarse que, además de estas relaciones birregionales, siguen existiendo las relaciones bilaterales entre los respectivos Estados y la UE.

Dicho diálogo parte de los procesos de integración regional, sobre todo del MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones, aun cuando se enmarca en un plano más amplio, incluyendo América Latina y el Caribe.

En la Declaración de Río de 1999 no aparece expresamente ninguna preocupación por el fenómeno migratorio. Pero, en el Compromiso de Madrid, ya podemos leer que la cooperación birregional también llevará a cabo «un análisis integrado en materia de migración entre nuestras regiones, que ha sido y sigue siendo de gran provecho para ambas partes, para aplicar soluciones y para garantizar el pleno respeto de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias, de conformidad con el Derecho Internacional y las legislaciones nacionales»<sup>24</sup>.

La Declaración de Guadalajara<sup>25</sup> dedica mayor espacio a esta materia, poniendo de relieve alguna diferencia de enfoque entre ambas regiones:

- 1.º Recuerda la Reunión Birregional sobre Migración UE-ALC celebrada en Quito en marzo de 2004, en la cual se trataron cuestiones como la evaluación de los flujos migratorios, las causas de la migración, los beneficios y desafíos de la migración para el país de origen y el de destino, el impacto de la migración en la economía y la sociedad.
- 2.º El objetivo expreso se cifra en abordar el pleno respeto de los Derechos Humanos de todos los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, la necesidad de reforzar la prevención de la

(20) FRERES, Ch. y SANAHUJA J.A. (coords.), *América Latina y la Unión Europea*, Icaria, Madrid, 2006.

(21) Las conclusiones de las Cumbres pueden consultarse en [http://www.sre.gob.mx/dgomra/alc\\_ue/alcue1.htm](http://www.sre.gob.mx/dgomra/alc_ue/alcue1.htm).

(22) [http://www.europarl.europa.eu/news/public/default\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/public/default_es.htm).

(23) MARTÍN ARRIBAS, J.J. (coord.), *La asociación estratégica entre la Unión Europea y América Latina*, La Catarata, Madrid, 2006. Incluye en sus Anejos los documentos de las tres primeras cumbres (Declaración de Río, Compromiso de Madrid y Declaración de Guadalajara). Ver asimismo: TORRENT, R., *Repensar las Cumbres Unión Europea-América Latina y Caribe tomando conciencia de sus fundamentos institucionales*, Real Instituto Elcano, <http://www.realinstitutoelcano.org>. Por otra parte, la Comisión Europea publicaba en 2004 (antes de la Conferencia de Guadalajara, México) su estudio *La Unión Europea, América Latina y el Caribe: Una asociación estratégica*, [http://europa.eu.int/comm/external\\_relations/index.htm](http://europa.eu.int/comm/external_relations/index.htm).

(24) Párrafo 31.

(25) Párrafos 35-38.

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

migración irregular y el tráfico de personas, la fuga de cerebros y la prevención de la discriminación contra los inmigrantes, especialmente mujeres y menores.

- 3.º Además, la cumbre subraya que las remesas constituyen una importante fuente de ingresos en muchos países y solicita facilitar su transferencia.

Pero existe un claro desencuentro, pues el párrafo 37 afirma expresamente: «Los Estados de América Latina y el Caribe, signatarios de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, enfatizaron la importancia que asignan a esta Convención en el marco del sistema internacional para la protección de los derechos humanos». El desencuentro se produce por cuanto son partes en tal Convención numerosos Estados latinoamericanos y no lo es ni uno solo de la UE; y desgraciadamente no parece que esta situación vaya a cambiar en un futuro próximo.

La Declaración de Viena de mayo de 2006 resulta bastante decepcionante en materia migratoria<sup>26</sup>. Repite los tópicos ya acuñados: diálogo integral, Derechos Humanos de todos los migrantes, transferencia de remesas, inmigración irregular y lucha contra el tráfico y la trata de personas. Supuso un claro retroceso si se compara con el Compromiso de Guadalajara.

Los temas centrales de la Cumbre de Lima de 2008 fueron: «pobreza, desigualdad e inclusión» y «desarrollo sostenible: medio ambiente; cambio climático; energía». También en la capital peruana se repitieron los tópicos en materia migratoria. Finalmente, en Madrid, en la cumbre celebrada el 18 de mayo de 2010, tampoco se dio la importancia que tiene a la migración; simplemente se soslayó de nuevo el tema, salvo en las intervenciones públicas de los dirigentes latinoamericanos<sup>27</sup>.

Tal vez la repetición de los tópicos, Declaración tras Declaración, indique simplemente el profundo desacuerdo o desencuentro de fondo de ambas regiones en tan trascendental cuestión.

## IV. LAS DIFICULTADES DE LA UE PARA ESTABLECER UNA AUTÉNTICA ASOCIACIÓN ESTRATÉGICA UE-ALC EN MATERIA MIGRATORIA

Veamos ahora las dificultades que pueden surgir en el plano político-jurídico por parte de la UE para poder establecer una auténtica asociación estratégica con América Latina y el Caribe en materia migratoria. Esas dificultades las centraremos en cuatro ámbitos: El asunto de los visados, la insistencia de la UE en los acuerdos y cláusulas de readmisión, la Directiva de retorno o de la «vergüenza» y la Directiva de sanciones a los empleadores.

### A) El Reglamento de visados

Hablamos a veces del territorio de la Unión Europea. Sin embargo, jurídicamente esa locución es inexacta, porque sólo los Estados soberanos tienen territorio en sentido internacional; por tanto, en realidad, el territorio pertenece a los Estados miembros de la UE.

(26) Texto en [http://ec.europa.eu/comm/world/lac-vienna/docs/declaracion\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/comm/world/lac-vienna/docs/declaracion_es.pdf), párrafos 49-50.

(27) Sobre los escasos resultados generales ver C. MALAMUD, *La cumbre ALCUE de Madrid y el estado de la relación birregional Europa-América Latina*, Real Instituto Elcano, ARI núm. 77, julio 2010, pp. 4 y ss.

Los regímenes de control del cruce de las fronteras interiores y de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea tienen lógicamente que ser desarrollados en paralelo y de modo complementario, una vez establecido el objetivo de la libre circulación de personas por todo el territorio de la Unión.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece también la adopción de medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente por el territorio de los Estados miembros durante un corto período no superior a tres meses [artículo 77.2.º.c)].

Según el Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen)<sup>28</sup>, se entiende por «fronteras exteriores» «las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores», o sea siempre que no sean fronteras entre dos o más Estados miembros de la UE (artículo 2.2.º).

Las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas y siempre que se porte la documentación exigible (artículo 4). Desde luego los pasos habilitados para tal cruce se enumeran taxativamente.

Como consecuencia de las anteriores normas sobre esta misma materia (o sea, del acervo Schengen), la UE adoptaba el Reglamento 539/2001<sup>29</sup>, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Conviene que nos detengamos en este Reglamento de visados:

- En su anejo I el Reglamento cita a unos 130 Estados y tres entidades o autoridades territoriales a cuyos nacionales se les exige visado; pues bien, en esa lista se hallan ya Perú, Colombia y Venezuela, que participan en la CSM y en el Acuerdo sobre residencia de los nacionales de los Estados del MERCOSUR y Estados asociados.
- En el anejo II se halla una treintena de Estados y dos regiones administrativas especiales chinas (Hong Kong y Macao) a cuyos nacionales no se les exige el visado; en esta segunda lista se hallan los candidatos a la UE menos Turquía (integrada en la lista primera). Esta segunda lista recoge además a los microestados europeos (Andorra, Mónaco, San Marino), a bastantes Estados latinoamericanos, etc. El Reglamento (CE) núm. 1932/2006, de 21 de diciembre de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 539/2001<sup>30</sup>, incluye a Bolivia en la lista a cuyos nacionales sí se les exige visado (a partir del 1 de abril de 2007).

(28) Texto en DOUE L 105, 13.4.2006, p. 1; su entrada en vigor se produjo el 13 de octubre de 2006 (salvo el artículo 34, que entró en vigor el 14 de abril del mismo año)

(29) El Reglamento de 15 de marzo de 2001, DOCE L 81, 21-3-2001, p. 1; ha sido modificado en varias ocasiones, la última de ellas mediante el Reglamento (CE) 1244 (2009), del Consejo (Diario Oficial de la UE L 336, 18.12.2009, p. 1). Además, hemos de tener presente el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados).

(30) Diario Oficial de la UE L 405, 30.12.2006, p. 23.

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

La exención de visado para los nacionales de estos Estados se admite siempre que la duración total de la estancia no sea superior a los tres meses (artículo 1, párrafo 2); además, estamos ante una exención basada en la reciprocidad y, por ello, si uno de esos Estados exige visado a los ciudadanos de la Unión Europea, puede pasar de la lista de exención a la primera lista.

De lo anterior cabe deducir que la exigencia de visados se ha endurecido en los últimos años para los Estados latinoamericanos; la exigencia de visado se ha ido ampliando primero a Colombia, después a Ecuador y finalmente a Bolivia. Además en el futuro dicha lista podría seguir endureciéndose.

### B) La insistencia de la UE en los acuerdos y cláusulas de readmisión

Con el término «readmisión» destacamos la obligación de los terceros Estados para volver a admitir a sus nacionales o a nacionales de otros Estados e incluso a apátridas. La práctica de la UE en esta cuestión se ha plasmado principalmente en dos aspectos: La cláusula de readmisión de extranjeros y los tratados de readmisión. En la integración de las cuestiones migratorias en las relaciones de la UE con terceros aparece la conexión indudable entre cooperación al desarrollo e inmigración. Desde hace años, en sus negociaciones la UE incluye sistemáticamente dicha cláusula de readmisión.

Una cláusula de readmisión importante es la presente en el Acuerdo de Asociación de 23 de junio de 2000 firmado en Cotonú (Benín) entre 77 Estados de África, Caribe y Pacífico, por un lado (los Estados ACP<sup>31</sup>), y la Comunidad Europea y sus entonces 15 Estados miembros, por el otro<sup>32</sup>. El acuerdo se celebra por un período de 20 años y tiene como fines el acelerar el desarrollo económico, cultural y social de los Estados ACP, el contribuir a la paz y a la seguridad y el propiciar un clima político estable y democrático (artículo 1).

¿Qué nos dice este Acuerdo sobre inmigración? Su amplísimo artículo 13 resulta muy interesante; se trata de una cláusula de readmisión, que es fruto de un arduo compromiso. La norma que nos ofrece mayor interés se halla en el artículo 13, pár. 5.º, c), i); con una cláusula estándar de readmisión del siguiente tenor:

«Las Partes convienen también en lo siguiente: i) cada Estado miembro de la Unión Europea readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado ACP, a petición de este último y sin mediar más trámites; cada uno de los Estados ACP readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, a petición de este último y sin mediar más trámites».

Esta norma exige, por tanto, la readmisión entre nacionales de las partes que residan ilegalmente en territorio de otra parte; esa readmisión debe aceptarse «a petición de una de las partes y sin mediar más trámites». Y no olvidemos que se entiende por partes la Comunidad (hoy la UE), sus Estados miembros y cada uno de los Estados ACP. ¿Significa el artículo 13 del Acuerdo

(31) Actualmente el número de Estados ACP es de 78, pues se ha sumado Cuba, pero no firmó la Convención de Cotonou.

(32) Consultar Guy FEUER, «Un nouveau paradigme pour les relations entre l'Union Européenne et les États ACP: L'accord de Cotonou du 23 juin 2000», *Revue Générale de Droit International Public*, 2002, pp. 269 y ss.

de Cotonú que los Estados de la UE y los Estados ACP se hallan en pie de igualdad en materia de inmigración? En la teoría jurídica así parece; pero en la realidad esa igualdad no existe.

Por otro lado, en diciembre de 2002 se firmaba el acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra<sup>33</sup>, que también contiene otra cláusula de readmisión. Dice el artículo 46.1.º, que la Comunidad y Chile acuerdan cooperar para prevenir y controlar la inmigración ilegal. Desde esta perspectiva se regula la readmisión:

- Chile acuerda readmitir a sus nacionales que se encuentren ilegalmente en territorio de un Estado miembro de la UE, «a petición de este último y sin más formalidades».
- Los Estados miembros acuerdan readmitir a sus nacionales en iguales condiciones: Ilegalidad en la estancia, petición de Chile y sin más formalidades. Estamos, pues, ante una cláusula que solamente sirve en cuanto a la readmisión de nacionales respectivos.

El artículo 46 en su párrafo 3.º indica que las partes pueden celebrar en el futuro acuerdos de readmisión que incluyan «una obligación de readmisión de nacionales de otros países y de apátridas». Mientras no se celebren esos acuerdos complementarios entre Chile y la UE, Chile puede celebrar acuerdos bilaterales con cada Estado miembro, para regular las obligaciones específicas de readmisión, «incluida la obligación de readmisión de nacionales de otros países y de apátridas».

Posiblemente la inmigración entre Chile y la UE no sea demasiado amplia; pero esta cláusula da idea de hasta qué punto la Unión mantiene una política convencional según la cual todos los tratados o acuerdos que celebra tienen su correspondiente cláusula de readmisión.

### C) Las dificultades surgidas con la adopción de la Directiva europea de retorno

El 16 de diciembre de 2008 se adoptaba la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>34</sup>. Esta norma, que puede calificarse con toda justicia como «Directiva de la vergüenza», debe estar incorporada al Derecho de todos los Estados miembros de la UE como tarde el 24 de diciembre de 2010 (artículo 20). En un análisis comparativo, la Directiva no supera el test de compatibilidad ni con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa) ni siquiera con la Carta de Derechos Fundamentales de la misma UE.

Sin realizar ahora un examen en profundidad<sup>35</sup>, sintetizaremos los principales aspectos de esta Directiva que está lastrando ya enormemente las relaciones euroamericanas en inmigración. Hablaremos así de las garantías procesales, pero hablaremos sobre todo del internamiento.

(33) Texto en DO L 352, 30.12.2002, p. 3.

(34) Diario oficial de la Unión Europea, núm. L 348, 24.12.2008, p. 98.

(35) Ver P. AGUELO NAVARRO y A.G. CHUECA SANCHO, «Directiva de Retorno, Directiva de Expulsión (Nota crítica a vuela-pluma desde los Derechos Humanos)», *REDMEX*, núm. 18, julio 2008, pp. 121 y ss. Seguimos en este apartado lo señalado entonces.

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

#### La inseguridad jurídica palmaria (artículos 12-14)

El artículo 12 se titula «forma» y afecta tanto a las decisiones de retorno como a las decisiones de prohibición de entrada y las decisiones de expulsión. Muchos problemas ofrece su párrafo 2, cuando señala: «Los Estados miembros proporcionarán, previa petición, una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones de retorno, conforme a lo dispuesto en el apartado 1, incluida información sobre las vías de recurso, en una lengua que el nacional del tercer país comprenda o que pueda suponerse razonablemente que comprende». La exigencia de petición previa no resulta demasiado acorde con la seguridad jurídica ni, por tanto, con el Estado de Derecho y la Unión de Derecho.

La seguridad jurídica se ve todavía más seriamente dañada cuando las decisiones se pueden comunicar oralmente y puede hacerse en una lengua que la persona comprenda o que pueda suponerse razonablemente que comprende; si, por ejemplo, en un país centroafricano la lengua oficial es el francés, se supondrá (suposición no necesariamente de modo razonable) que el inmigrante originario de ese país la conoce.

El artículo 13 aborda las vías de recurso. En esta dirección, señala en su párrafo 3 «El nacional de un tercer país afectado podrá tener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística». ¿Cómo se defenderá un extranjero si no tiene asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística? ¿No se convierten, en caso contrario, las vías de recurso en pura falacia? A nuestro entender se produce aquí una clara violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por todos los Estados miembros de la UE, que recoge los derechos de la defensa de cualquier persona.

#### El internamiento como auténtica sanción penal

El capítulo IV sobre el internamiento a efectos de expulsión (artículos 15-18) es el que ha provocado (con toda razón) mayor polémica porque viola más directamente los Derechos Humanos de los extranjeros.

Señala la Directiva que «cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses» (artículo 15.5.º). Pero esta norma contiene un 6.º párrafo que dice: «Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un período limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará: Debido a la falta de cooperación del nacional de un tercer país afectado, o por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países».

En este párrafo se produce una inequívoca y gravísima criminalización de la inmigración irregular. ¿Cuántos delitos, en los Códigos penales vigentes en los civilizados Estados europeos, no alcanzan semejante pena? La respuesta bien merece un examen comparativo que demostrará ineluctablemente que se ha criminalizado lo máximo posible a quien jurídicamente no es un criminal, porque no ha violado ninguna norma penal sino administrativa.

Pero, además, se prolonga el internamiento en dos hipótesis: La falta de cooperación del extranjero y, lo más grave, demoras en la obtención de la documentación que deban expedir otros países.

El artículo 16 señala que «como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios». Desgraciadamente cabe el internamiento en centros penitenciarios lo que refuerza la criminalización de los inmigrantes en situación irregular.

### La extrema gravedad del internamiento de menores y familias

El artículo 17 de la Directiva regula esta materia, que atenta de modo escandaloso contra los Derechos Humanos. Según el párrafo 1.º, «los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible». Como último recurso, pero internados; además qué sea «el menor tiempo posible» lo fijará cada autoridad estatal competente.

El examen del contenido de esta norma provoca verdadera desazón. Surgen diversas interrogantes de enorme trascendencia para los Derechos Humanos, que limitaremos a las tres siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Esta norma no respeta el bienestar del menor. Ello sucede a pesar de que el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE afirma: «Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar»; y la Carta se refiere a todos los niños, no solamente a los propios, no solamente a los ciudadanos de la UE.
- 2.<sup>a</sup> ¿Son conscientes los Estados miembros de la UE de sus obligaciones como Estados partes en la Convención de Derechos del Niño, cuyo artículo 2.1.º, señala: «Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales»?
- 3.<sup>a</sup> ¿Podrán en algún caso ser internados los menores en centros penitenciarios? Porque el artículo 15.3.º, de la propuesta de la Comisión señalaba expresamente: «Los Estados miembros garantizarán que no se mantenga a menores sujetos a internamiento temporal en centros penitenciarios comunes». Incomprensiblemente esta garantía ha desaparecido de la Directiva.

### D) Tres reacciones americanas a la Directiva de retorno

La preparación y adopción de esta Directiva supuso la aparición de importantes reacciones americanas. Entre ellas se hallan la del Consejo Permanente de la OEA<sup>36</sup>, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>37</sup>, de la Octava Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (Proceso Lima), de la UNASUR, del MERCOSUR y del Presidente Evo Morales<sup>38</sup>. Sin disminuir la importancia de las restantes, destacaremos las ofrecidas por el Proceso Lima, la UNASUR y el MERCOSUR.

(36) El texto puede verse en [www.mexicodiplomatico.org/.../directiva\\_retorno\\_union\\_europea\\_mexico\\_oea.pdf](http://www.mexicodiplomatico.org/.../directiva_retorno_union_europea_mexico_oea.pdf).

(37) El texto puede verse en <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=1787>.

(38) Texto en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=68717>.

### a) La reacción del Proceso Lima<sup>39</sup>

DECLARACIÓN DE MONTEVIDEO SOBRE MIGRACIÓN, DESARROLLO Y DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES (17-19 de septiembre de 2008). Esta Declaración señala, entre otras cosas:

«Reafirmando la importancia de proteger y garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de las personas migrantes y de sus familias, en particular mujeres y niños, independientemente de su condición migratoria;

*Reafirmando el derecho de toda persona a la libre movilidad y que el hecho migratorio es una condición natural del ser humano y parte del proceso histórico del desarrollo de la humanidad;*

Considerando que la Unión de Naciones Suramericanas tiene como uno de sus objetivos específicos “la consolidación de una identidad sudamericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquier de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía sudamericana...”.

Considerando la adopción por parte de algunos países receptores de políticas migratorias de carácter restrictivo basadas en el concepto de seguridad, que vulneran los derechos fundamentales de las personas migrantes;...

*Declaran*

1. *Su absoluta convicción de que el ser humano es el centro de las políticas y programas migratorios y, consecuentemente, se debe priorizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas migrantes.*
2. *Que el hecho migratorio tiene una naturaleza multidimensional y que la aplicación de medidas restrictivas por los países de destino no constituye una solución realista a la emigración irregular...*
3. *Exhortar a un diálogo constructivo que debe incorporar el análisis de las causas profundas de la migración provocadas por las asimetrías y la inequidad en las relaciones económicas internacionales.*
4. *Rechazar la criminalización del migrante, la xenofobia, la discriminación y abuso de autoridad y las deportaciones masivas por parte de algunos países receptores.*
5. *Expresar su rechazo a la aprobación por la Unión Europea de la llamada Directiva de Retorno y la criminalización de los migrantes que pueda implicar la aplicación de este tipo de normativa, y destacar que el retorno sólo puede resultar de una decisión libremente adoptada por el migrante.*
6. *Que las garantías procesales para la protección de los derechos humanos de los migrantes y la observancia de los principios fundamentales del Derecho Internacional y de los acuerdos internacionales en la materia tienen primacía y no deben estar subordinadas a la implementación de políticas públicas...*
10. *Exhortar a la Unión Europea a reconsiderar la Decisión adoptada por la COREPER y el Parlamento Europeo, y a establecer procedimientos y mecanismos tendientes a la regularización de las personas migrantes de la región sudamericana que aun se encuentran en situación migratoria irregular....*
13. *Exhortar a aquellos países que aún no lo han hecho a adherir y/o ratificar y aplicar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares...».*

(39) Texto en [http://www.pidhdd.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=38&Itemid=1](http://www.pidhdd.org/index.php?option=com_content&task=view&id=38&Itemid=1).

### b) La reacción del MERCOSUR

En el MERCOSUR, además de la reacción del Presidente de la Comisión de representantes permanentes<sup>40</sup>, habremos de tener en cuenta sobre todo la DECLARACIÓN DE LOS PRESIDENTES DE LOS ESTADOS PARTE DEL MERCOSUR Y ESTADOS ASOCIADOS SOBRE LA «DIRECTIVA DE RETORNO», que dice<sup>41</sup>:

«Los Presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados, reunidos en ocasión de la Cumbre de San Miguel de Tucumán, expresan su rechazo a la aprobación por parte de la Unión Europea de la llamada Directiva de “Retorno”.

*Lamentan que Naciones tradicionalmente generadoras de corrientes migratorias que –en la actualidad– son receptoras de migrantes no reconozcan, en base al principio de reciprocidad histórica, la responsabilidad compartida entre los países de origen, tránsito y destino de los flujos migratorios....*

Reiteran su firme compromiso con la promoción y el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, independientemente de su condición migratoria, nacionalidad, origen étnico, género o edad.

Rechazan cualquier intento de criminalización de la migración irregular... Subrayan la necesidad de luchar contra el racismo, la discriminación, la xenofobia y otras formas de intolerancia.

Enfatizan la importancia que reviste que los países desarrollados adopten las políticas necesarias para evitar que las asimetrías económicas internacionales, los multimillonarios subsidios que distorsionan la competitividad; la falta de apertura de sus mercados a los productos de los países emergentes y en desarrollo profundicen las causas de las migraciones, esto es, la pobreza estructural, la exclusión social y la desigualdad de oportunidades...

En ese entendido, proponen a la UE fortalecer el diálogo y la cooperación internacional con el objeto de reducir las causas fundamentales de las migraciones, promover el pleno desarrollo de los países de origen de los migrantes, facilitar la integración de los migrantes y sus familias en el país de destino y garantizar condiciones para el retorno voluntario y asistido de los nacionales.

*Destacan que sólo el justo reconocimiento por parte de los países desarrollados de la reciprocidad histórica en materia de migraciones garantizará –en el marco del principio de corresponsabilidad– un futuro compartido entre nuestros pueblos, basado en la convivencia, la paz y el desarrollo humano integral.*

San Miguel de Tucumán, 1 de julio de 2008».

### c) La reacción de la UNASUR<sup>42</sup>

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) reiteraba el 5 de julio de 2008 su rechazo a la llamada «Directiva de Retorno» de la Unión Europea (EU) y *denunciaba cualquier intento de criminalización de los migrantes que pueda implicar la aplicación de esa normativa.*

(40) Texto en [http://www.presidenciamercosur.org/noticia\\_detalle.php?id=224](http://www.presidenciamercosur.org/noticia_detalle.php?id=224).

(41) Texto en <http://www.embajada-argentina.org.py/V2/2008/07/declaracion-de-los-jefes-de-estado-del-mercosur-y-estados-asociados-sobre-la-directiva-de-retorno>.

(42) Texto en <http://www.prensalatina.com.mx/article.asp?ID=%7B7AEF3606-183B-4D7C-95E3-52858BE798EF%7D>.

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

La organización subrayaba que «los Estados miembros de UNASUR exigen un trato justo y humanitario para todos sus migrantes en la UE, en consonancia con la generosa acogida brindada a cientos de miles de nacionales europeos y sus descendientes en América del Sur.

*Esta reciprocidad histórica debería orientar el tratamiento de la migración entre ambas regiones, evitando el riesgo de acciones hostiles y discriminatorias contra nuestros ciudadanos y ciudadanas en el territorio de la UE», agrega.*

Más adelante, UNASUR llama a la UE a «cooperar en la conformación de un espacio de encuentro y diálogo que posibilite generar una agenda biregional y una solución equitativa sobre el fenómeno migratorio».

*Recuerda que la libre movilidad es un derecho inherente al ser humano y, en ese sentido, el orden internacional debe contemplar la libre circulación de las personas.*

### E) Las reacciones a la adopción de la Directiva sobre sanciones a los empleadores

Por otra parte, la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, establece normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular<sup>43</sup>. En esta norma el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaban sanciones penales contra los empresarios que contraten a «sin papeles». Entre 4,5 y 8 millones de «sin papeles» trabajan en la construcción, la agricultura, la limpieza y otros sectores en la UE.

El artículo 1 define el objeto y el ámbito de aplicación en los siguientes términos: «La presente Directiva prohíbe el empleo de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular con el fin de combatir la inmigración clandestina. A tal fin, establece unas normas comunes mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores que no respeten dicha prohibición».

#### a) Una visión crítica de esta Directiva

En el sistema de la Directiva *la piedra angular se halla en su artículo 3*, que (bajo la titulación de Prohibición del empleo ilegal) señala: «1. Los Estados miembros prohibirán el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular. 2. La infracción de esta prohibición será objeto de las sanciones y medidas establecidas en la presente Directiva».

Apoyándose en dicha piedra angular son especialmente importantes las obligaciones de los empleadores; según el artículo 4.1.º, deben:

- a) *exigir a todo nacional de un tercer país que obtenga y le presente, antes de ser contratado, un permiso u otra autorización de residencia válido;*
- b) *conservar, al menos durante el período de empleo, copia o registro del permiso u otra autorización de residencia válido para una posible inspección de las autoridades competentes de los Estados miembros;*
- c) *notificar a las autoridades competentes designadas por los Estados miembros el inicio del empleo de todo nacional de un tercer país en el plazo fijado por cada Estado miembro».*

(43) Diario Oficial L 168 de 30.06.2009, p. 24. Los Estados miembros deben trasponer las normas de la Directiva antes del 20 de julio de 2011 (artículo 17).

Si el empleador da trabajo a una persona en situación irregular, sufrirá *sanciones que, según el artículo 5, deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias*. Las sanciones incluyen:

- «a) sanciones económicas que se incrementarán según el número de nacionales de un tercer país empleados ilegalmente, y
- b) el pago de los gastos de retorno de los nacionales de un tercer país empleados ilegalmente en relación con los cuales se lleve a cabo un procedimiento de retorno. Alternativamente, los Estados miembros podrán decidir reflejar en las sanciones económicas a que hace referencia la letra a) al menos el coste medio de los gastos de retorno».

¿Qué sucede con los empleadores en el servicio doméstico? El párrafo 3.º de este artículo 5 establece que

«(...) los Estados miembros podrán prever una reducción de las sanciones económicas cuando el empleador sea una persona física que emplea a un nacional de un tercer país en situación irregular en el ámbito particular y no se dan condiciones de trabajo especialmente abusivas».

Además del pago de atrasos y de las cotizaciones sociales e impuestos que el empleador debiera realizar (artículo 6), hemos de fijarnos en las restantes medidas sancionatorias (artículo 7) que son ciertamente duras; dice esta norma lo siguiente:

«1. Los Estados miembros dispondrán lo necesario para garantizar que los empleadores también sean, en su caso, objeto de las medidas siguientes:

- a) *exclusión del derecho a recibir todas o algunas prestaciones, ayudas o subvenciones públicas*, incluida la financiación de la UE gestionada por los Estados miembros, durante un período máximo de cinco años;
- b) *exclusión de la participación en licitaciones públicas* tales como las mencionadas en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, durante un período máximo de cinco años;
- c) *devolución de alguna o de todas las prestaciones, ayudas o subvenciones públicas*, incluidos los fondos de la UE administrados por los Estados miembros, concedidas al empleador hasta en los doce meses anteriores a la comprobación del empleo ilegal;
- d) *cierre provisional o definitivo de los establecimientos* empleados en la infracción, o retirada temporal o definitiva de la autorización para ejercer la actividad económica de que se trate, si la gravedad de la situación lo justifica.

2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar el apartado 1 si el empleador es una persona física y el empleo se circunscribe al ámbito particular».

La Directiva camina por este áspero terreno de las sanciones y profundiza en ellas cuando el artículo 9 afirma que «la violación de la prohibición del empleo en situación irregular ha de ser estructurada como un auténtico delito». Por eso observa:

«1. Los Estados miembros velarán por que la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, si es intencionada, constituya un delito en cada una de las circunstancias siguientes, definidas en el Derecho nacional:

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

- a) la infracción continúa o es reiterada de modo persistente;
- b) la infracción se refiere al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular;
- c) la infracción se acompaña de unas condiciones laborales particularmente abusivas;
- d) el autor de la infracción es un empleador que, sin haber sido acusado o condenado por un delito establecido en virtud de la Decisión marco 2002/629/JAI, hace uso del trabajo o los servicios de un nacional de un tercer país en situación irregular, sabiendo que esa persona es víctima de la trata de seres humanos;
- e) la infracción se refiere al empleo ilegal de un menor».

Esos delitos deben conducir a la imposición de sanciones penales tanto a las personas físicas (artículo 10) como a las personas jurídicas (artículo 12). Para la mejor imposición, los Estados miembros deberán desarrollar inspecciones efectivas y adecuadas (artículo 14). Por último señalaremos que los Estados miembros habrán de adoptar las correspondientes disposiciones de transposición antes del 20 de julio de 2011.

### b) Algunas reacciones

Hemos de recoger también en este caso algunas reacciones americanas a esta directiva. El mismo mes de febrero de 2009, antes de que fuera aprobada formalmente, la Comunidad Andina, la UNASUR y el Grupo de RÍO mostraban una profunda preocupación.

Destaquemos la **DECLARACIÓN DE UNASUR**, que dice lo siguiente:

«La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), teniendo presente que el tratado Constitutivo de UNASUR, firmado en Brasilia el 23 de mayo de 2008, consagra el principio del irrestricto respeto a los derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes, como una de las condiciones esenciales para la construcción de un futuro común de paz y prosperidad económica y social y el desarrollo de los pueblos. Ante la inminente aprobación de parte del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de la “Propuesta de Directiva para sancionar a empleadores de inmigrantes irregulares”, por la cual se establecen sanciones aplicables a los empleadores de migrantes irregulares nacionales de terceros países.

En pos de evitar que ante el actual escenario de crisis económico-financiera internacional, esta Directiva ponga en mayor estado de vulnerabilidad a los ciudadanos de los países integrantes de la UNASUR, que se encuentran en situación irregular:

1. Los países de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) expresan su profunda preocupación frente a la inminente aprobación por el Parlamento Europeo de la propuesta de “Directiva por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países”, cuya posterior aplicación tendrá un impacto significativo en las personas migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular toda vez que, en lugar de endurecer las sanciones aplicables a sus empleadores, se debiera privilegiar la inserción humana, laboral y productiva de los migrantes en las sociedades de destino.
2. Exhorta a los Estados de la Unión Europea a revisar la Propuesta de Directiva y considerar los principios establecidos en los diversos instrumentos internacionales, así como en resoluciones y otros documentos adoptados en materia de derechos humanos y migrantes, en relación con el irrestricto respeto de los derechos humanos de los migrantes y sus familias.

3. UNASUR hace un llamado a los Gobiernos de la Unión Europea a iniciar a la mayor brevedad un diálogo comprensivo y estructurado que ofrezca una respuesta integral al fenómeno de la migración, tal como fue acordado en la V Cumbre América Latina y el Caribe – Unión Europea»<sup>44</sup>.

## V. LAS RELACIONES ACTUALES ENTRE LA UE Y ALC. UNA MIRADA PARTICULAR: ESPAÑA Y ARGENTINA

Las relaciones entre América Latina y el Caribe, por un lado, y la UE, por el otro, presentan una gran complejidad que tiene que ver con la propia complejidad de los procesos, no siempre estables ni convergentes, de construcción de Europa y de América Latina.

Se perciben en América Latina y el Caribe varios procesos integradores, insistiendo continuamente en formalizar nuevas entidades. Por ejemplo, la reciente Comunidad de América Latina y Caribe (CALC), creada en febrero de 2010. Se trata de una nueva estructura, en la cual el Grupo Río quedaría absorbido, para conformar un bloque regional de todos los países de América, con excepción de los Estados Unidos y Canadá. Hay quienes comparan la nueva estructura con una Organización de Estados Americanos (OEA), sin el peso desequilibrante de Washington, distinguiéndose de la UNASUR, porque abarcaría a todos los Estados latinoamericanos más los del Caribe.

Ciertamente se puede afirmar que la Unión Europea, cuyas insuficiencias dan lugar a reformas, no abandona la inicial senda de la organización de integración<sup>45</sup>. Por eso la UE ha apoyado todos los procesos latinoamericanos. Así ha quedado demostrado en la VI Cumbre Unión Europea – América Latina y el Caribe, llevada a cabo en Madrid, los días 17 al 19 de mayo de 2010. La creación de una «Unión Latinoamericana», para generar mayor equilibrio ante los «riesgos» que plantea la globalización, es una fórmula por la que apuesta «decididamente» el presidente del gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, como así también el presidente de la Comisión Europea, José Manuel Durao Barroso<sup>46</sup>.

Dicha Cumbre significó, entre otros aspectos, la reapertura de las negociaciones formales para un acuerdo de libre comercio entre el bloque europeo y Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Ésta era una de las metas de la Presidenta de Argentina, Cristina de Kirchner, a cargo de la presidencia *pro tempore* del MERCOSUR y que preside, asimismo, el grupo latinoamericano. Y, en lo que respecta a nuestra materia, la Presidenta también reclamó «evitar conductas discriminatorias hacia la inmigración»<sup>47</sup>.

De hecho, la nueva Ley argentina de Migraciones núm. 25.871 de 2004 (y su reciente reglamentación en mayo de 2010) «representa, en sus lineamientos y principios generales, otro modelo de política migratoria, que descarta la confusión entre migrantes e inseguridad, o entre migrantes

(44) <http://www.pidhdd.org/content/view/257/70/>, consultada en agosto de 2009.

(45) MANGAS MARTÍN, Araceli, «UE e Iberoamérica: fracaso del paternalismo», Periódico *El Mundo*, 30 de abril de 2010, [http://www.iustel.com/v2/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1041907](http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1041907).

(46) Nota publicada el 17 de mayo de 2010.

[http://www.tribunalatina.com/es/notices/las\\_ausencias\\_de\\_la\\_cumbre\\_ue\\_america\\_latina\\_y\\_el\\_caribe\\_26126.php](http://www.tribunalatina.com/es/notices/las_ausencias_de_la_cumbre_ue_america_latina_y_el_caribe_26126.php).

(47) Nota publicada en el Diario *La Nación de Argentina*, 18.05.2010, [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=1266051](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1266051).

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

y amenaza al orden público, imperante en el actual contexto, caracterizado por las restricciones progresivas de las leyes y políticas en la materia (principalmente en Europa y Estados Unidos) y que reconoce los derechos fundamentales de todas las personas que habitan en el país, nacionales o extranjeros»<sup>48</sup>.

Por otro lado, España, en los últimos años, se ha convertido en uno de los destinos preferidos de la emigración latinoamericana. En un acelerado proceso, ha pasado de atender las dinámicas migratorias, desde el punto de vista de país emisor al del país receptor, poniendo de manifiesto la necesidad de tomar decisiones sobre bases sólidas y adaptadas al contexto local, pero que a la vez tengan en cuenta las experiencias nacionales e internacionales.

Por todo ello, los diferentes aspectos de las políticas migratorias, la dimensión económica de los procesos migratorios, la inserción en el mercado de trabajo o los efectos sobre la cohesión social y las relaciones familiares son algunos de los temas sobre los cuales será necesario seguir reflexionando; para alcanzar y afianzar un proceso de diálogo responsable entre ALC y la UE, sobre la base de la reciprocidad, el afianzamiento del estado de derecho garante de los Derechos Humanos y de la dignidad humana (sin discriminación alguna) y la equidad económica y social.

## VI. CONCLUSIÓN: LA COHESIÓN MIGRATORIA LATINOAMERICANA ES POTENCIADA POR LAS REACCIONES A LAS MEDIDAS DE MANTENIMIENTO DE LA «EUROPA FORTALEZA»

En el ámbito latinoamericano se han ido sedimentando importantes principios y normas aplicables a las migraciones internacionales, con una gran claridad en su formulación y siempre centradas en los Derechos Humanos. Este patrimonio normativo en materia de migraciones no tiene de momento parangón en ninguna otra región del planeta (salvo en la UE) y potencia la libre circulación de personas. En él se incluyen materias como regularización de migrantes, libre circulación de personas, lucha contra el tráfico ilícito y trata de personas, etc.

Podemos decir que, en general, en el ámbito latinoamericano se respeta el *ius migrandi*, tanto para las personas procedentes de la región como para las procedentes de otros lugares del planeta<sup>49</sup>. Una síntesis de extraordinario interés de ese respeto puede hallarse en la Ley argentina de Migraciones Núm. 25.871, de 20 de enero de 2004, cuyo artículo 4 señala: «El Derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad». Esta norma, esencial para la política migratoria argentina, ha sido considerada un ejemplo por la Organización Internacional para las Migraciones y plasma el *ius migrandi* en el ordenamiento interno argentino.

En esta dirección, la UNASUR va adquiriendo en materia migratoria una importante cohesión interna que, de momento, avanza con firmeza. A nuestro entender, dicha cohesión interna se ve reforzada por la cerrada posición de la Unión Europea, que penaliza a la migración procedente de otras regiones del planeta, incluida la latinoamericana. Dicha penalización logra de rebote un mayor grado de cohesión latinoamericana, al defenderse frente a las excesivamente eurocéntricas y securitarias medidas de la UE; así lo demuestran las reacciones americanas sobre todo a la denominada Directiva Europea de retorno o «de la vergüenza».

(48) CERIANI CERNADAS, Pablo: «La nueva Ley de Migraciones de Argentina. Un paso hacia una concepción distinta de la migración», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6 (julio 2004), Lex Nova, 2004, pp. 293-308.

(49) Exceptuando el caso de Colombia, por las razones por todos conocidas.

El segundo firmante de esta investigación se preguntaba en una ponencia presentada en 2006 hasta dónde podía llegar en aquel momento o en un futuro próximo la asociación estratégica UE-ACL en materia migratoria<sup>50</sup>. Señalaba que «seguramente ambas partes no desean lo mismo, tampoco tienen idénticos objetivos ni defienden idénticos intereses».

Si entonces existían ya claros obstáculos para llevar a buen término dicha asociación, hoy el objetivo de poder crear una asociación migratoria entre ambas orillas del Atlántico se encuentra todavía más lejano. Ello sucede sobre todo porque estamos ante una Unión Europea aquejada en materia migratoria del «Síndrome de las tres «R»: retorno, readmisión y repatriación»<sup>51</sup>.

Como escriben S. GRATIUS y J.A. SANAHUJA, el balance de la asociación estratégica birregional UE-ALC «tiende a ser negativo. A pesar de 10 años de cumbres y distintas negociaciones comerciales, sus objetivos estarían lejos de alcanzarse: Ni ha mejorado mucho la posición de América Latina en las relaciones exteriores de la UE, ni la Unión parece ser un socio más relevante para Latinoamérica»<sup>52</sup>.

En el terreno migratorio, con ocasión de la cumbre de Madrid en este ámbito birregional, dos entidades privadas (AESCO, Asociación América-España Solidaridad y Cooperación, y FENADEE, Federación Nacional de Asociaciones de Ecuatorianos en España) adoptaban algunas conclusiones, la primera de las cuales afirma:

«1. *Se debe construir una política migratoria específica europea-latinoamericana, en virtud de la relación estratégica birregional. Dicha política debe ser estratégica, privilegiada, birregional y compartida, enfocada hacia los grandes objetivos de efectiva integración birregional, la disminución de la brecha Norte-Sur y el fomento de un desarrollo compartido, respetuoso con la madre tierra, que consagre la migración como un derecho humano ya reconocido en la Declaración Universal de los mismos, junto con el derecho de las poblaciones a no migrar y que apunte a un nuevo orden internacional».*

Esta política migratoria euro-latinoamericana no se puede construir de la noche a la mañana; pero, si existe una auténtica asociación birregional y deseamos fortalecerla, será necesario comenzar a construirla desde este mismo momento.

Posibles medidas hay muchas. Destacaremos sobre todo las cuatro siguientes:

- 1.<sup>a</sup> No exigencia de visados a los nacionales de los Estados latinoamericanos, o sea, modificación del Reglamento de Visados.
- 2.<sup>a</sup> Potenciación del desarrollo equilibrado y sostenible de ambas regiones.
- 3.<sup>a</sup> Revisión en profundidad de la Directiva de Retorno y de la Directiva de sanciones a los empleadores, para adecuarlas al efectivo respeto de los Derechos Humanos.

(50) C. DÍAZ BARRADO, C.R. FERNÁNDEZ LIESA y P. ZAPATERO MIGUEL, «Hacia una asociación estratégica Unión Europea-América Latina y el Caribe en materia migratoria», *Perspectivas sobre las relaciones entre la Unión Europea y América Latina*, Madrid: BOE, 2008, pp. 435 y ss., cita en p. 456.

(51) Ángel G CHUECA SANCHO, V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO e I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, coordinadores (p.o. de firma): «La política de inmigración de la UE en el Mediterráneo o el síndrome de las tres “R”», *Las migraciones en el Mediterráneo y la Unión Europea*, Barcelona, Huygens, 2009, pp. 21 y ss.

(52) «Entre el olvido y la renovación: La UE y América Latina», *Política Exterior*, núm. 125, mayo-junio, 2010, p. 124.

## Las relaciones migratorias UE-América Latina como factor latinoamericano de cohesión

### III

4.<sup>a</sup> Ratificación por los Estados miembros de la UE de la Convención Internacional sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que un elevado número de Estados latinoamericanos ya han ratificado.

Actualmente, por tanto, la cohesión migratoria latinoamericana se ve incrementada por las reacciones a las medidas de mantenimiento de la Europa «fortaleza». Ante esta situación, totalmente insatisfactoria, hemos de preguntarnos: ¿Es posible potenciar estas relaciones birregionales en materia migratoria?

A corto plazo puede profundizarse la relación birregional en terrenos como la cooperación al desarrollo, la igualdad de derechos de los inmigrados con los ciudadanos de la Unión Europea, el respeto de la diversidad cultural, la monitorización de las migraciones en y entre ambas regiones, etc.

Hay otro terreno en el que se puede avanzar con facilidad, al menos si se manifiesta un mínimo de voluntad política: Nos referimos a la participación política, al menos a nivel municipal, para aquellas personas que tengan el estatuto de residentes de larga duración, diseñado por la UE.

Actualmente resulta difícil pretender la reimplantación del *ius migrandi* entre ambas regiones, dadas sobre todo las diferencias de desarrollo y las barreras que impone la UE. No obstante, esa posibilidad no debemos excluirla a medio plazo; sin duda su restablecimiento será beneficioso para ambas partes, siempre que se superen los obstáculos actuales y no se erijan nuevas barreras en el Atlántico.



# Dossier

*XX Encuentro Abogacía sobre  
Derecho de Extranjería y Asilo*



**XX Encuentro Abogacía  
sobre Derecho de Extranjería  
y Asilo**

**27 al 29 de Mayo de 2010. Barcelona**

**POR UNA SOCIEDAD  
SIN DISTINCIONES**



**ENCUENTRO DE LA  
ABOGACIA SOBRE DERECHO  
DE EXTRANJERIA Y ASILO**

**≡ 27 al 29 de Mayo 2010 ≡**

**PROGRAMA**

---

Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

---

I

---

Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

---

| I



**Conferenciantes:** JOSÉ ALARCÓN HERNÁNDEZ  
Ex-Asesor de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración

MARÍA ELENA BEDOYA MURIEL  
Vocal de la Comissió d'Extranjería de L'ICAB

**Presidenta de mesa:** ANTONIA MOYANO MATA  
Abogada tramitadora del SAIER

**Secretaria de mesa:** ISABEL GÓMEZ REYES  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE,  
Presidenta de la Sección de Extranjería del ICA de Alicante

## El nuevo marco legal en el Derecho de Extranjería. Especial referencia al control de los flujos migratorios

### Conclusiones Mesa de trabajo 1.<sup>a</sup>

I. Tras las intervenciones de los conferenciantes se concluye sobre el Nuevo Marco Legislativo lo siguiente:

#### PRIMERO.–Desarrollo reglamentario

La última reforma de la LOEX 4/2000 operada mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE* (12/12/2009), ordenaba la adaptación reglamentaria en el plazo de seis meses. Cinco meses después nos encontramos con la carencia reglamentaria y la falta de Instrucciones precisas sobre algunos preceptos especialmente en materia de derecho sancionador. El anuncio efectuado de no disponer de reglamentación hasta final de año crea un vacío normativo que no ayuda a la buena gestión de los procedimientos en esta materia.

#### SEGUNDO.–Derechos fundamentales

Puede valorarse como positiva la incorporación de la doctrina del TC en materia de derechos fundamentales para todos los extranjeros en cuanto personas, independientemente de su condición de extranjeros y –por supuesto– independientemente de su nivel de documentación en España, si bien cabe valorar algunas dudas de constitucionalidad respecto a la ambigua regulación del derecho a la educación de menores extranjeros en situación irregular en segmentos educativos no obligatorios o las nuevas dificultades del reconocimiento pleno a la asistencia jurídica gratuita, especialmente en el orden contencioso administrativo.

Resulta preocupante que se haya aprovechado la incorporación de la doctrina constitucional para promover algunos recortes en derechos como el derecho a la vivienda, que podría ser causa de una nueva exclusión residencial.

## El nuevo marco legal en el derecho de extranjería

Es positiva la plena incorporación con rango de ley de la normativa comunitaria sobre reagrupación familiar y sobre residentes de larga duración e investigadores. Asimismo valorar positivamente la desaparición de la reciprocidad en lo relativo al derecho de sufragio y derecho al voto, lo que abre la puerta a la incorporación de los extranjeros a los derechos de ciudadanía, aun criticando el hecho de que no se haga un pronunciamiento expreso extensible de tal derecho a todos los extranjeros que dispongan de estatuto de residencia de larga duración.

### TERCERO.– Migración laboral

Aunque parezca una obviedad, debemos tener presente, que para hacer posible la movilidad de los trabajadores en general –en su mayoría mano de obra– en las condiciones más favorables, deberán realizarse dentro del marco internacional de La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales de Protección de los Derechos Fundamentales; de los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia laboral ratificados por el Estado español, hay que establecer de aquí en adelante una coordinación completa y eficaz en la línea trazada por la Comunidad Internacional, en la lucha contra todo tipo de explotación de los seres humanos y el tráfico ilegal de personas, el tráfico ilegal de mano de obra con menoscabo de su integridad física y su dignidad humana, y tener en cuenta la existencia y el contexto de los Convenios Migratorios, suscritos por el Estado español.

### CUARTO.– Variable económica y flujos migratorios

La variable económica que impacta a todos los niveles, inclusive al jurídico, a la hora de abordar los flujos migratorios sirve de excusa para gran parte de las restricciones de las libertades de que son objeto los extranjeros en su dimensión de inmigrantes en los ordenamientos jurídicos de los países de la UE y el nuestro no ha sido una excepción.

### QUINTO.– Mecanismos de control de los flujos migratorios

Como reza el Preámbulo apartado V, entre los objetivos que se persiguen con la reforma están los de:

- «2. Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.
- 3. Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país».

De tal manera que en la normativa actual en extranjería, para el control de los flujos migratorios, la posibilidad de la migración legal a España queda reducida básicamente a dos supuestos: 1) Entrada por trabajo y 2) Reagrupación familiar.

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

De otra parte las formas de reducir la irregularidad son:

- 1) El establecimiento de vías de acceso de la irregularidad a la regularidad como son a) El Arraigo Social, b) El Arraigo laboral y c) el Arraigo familiar y
- 2) El Procedimiento sancionador (incluido el internamiento).

Se concluye la necesidad de estudiar nuevos instrumentos administrativos eficaces en la gestión de la irregularidad.

### SEXTO.– El modelo de relación laboral de los extranjeros

En todos los supuestos de entrada por trabajo –en sus diversas categorías y procedimientos de contratación en origen–, la consideración del extranjero como LEGAL está supeditada a la condición de trabajador en el mercado formal. Cuando hablamos de trabajadores y trabajadoras extranjeros no comunitarios, es decir *inmigrantes*, lo primero que debemos saber es la exigencia de la conexión entre la autorización para trabajar y la autorización administrativa para residir, tal como viene recogido en el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000. De esa relación nace un modelo de relación laboral de los extranjeros, diferente al modelo de relaciones laborales de los españoles, por lo cual no existe un marco de igualdad entre trabajadores extranjeros y españoles.

Se concluye que en el futuro reglamento se debería ampliar la regulación de los visados para búsqueda de empleo; por ejemplo para cuidadores de niños y dependientes.

Debe revisarse el actual modelo de gestión colectiva de contratación en origen toda vez que se constata la inoperatividad del actual sistema.

### SÉPTIMO.– Modelos culturales de familia

La reagrupación familiar, dentro del marco normativo de la extranjería, no admite otros *modelos culturales de familia*, ya existentes en el mundo y en nuestro país, diferentes a la familia nuclear. En contra de lo que tendría que haber sido, no hay una correlación entre la regulación de la institución familiar en nuestra Constitución y en el Código Civil –especialmente en relación con las normas de Derecho internacional privado en materia de ley personal– cuerpos legales en los que por otra parte debería estar inspirada la normativa de extranjería en este ámbito, y la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros.

### OCTAVO.– Oficinas consulares

Las vicisitudes que deben afrontar los familiares y los cónyuges, ante las Oficinas Consulares españolas, comenzando por los criterios consulares, en la fase de tramitación de los Visados Schengen por reagrupación familiar, en ocasiones, atentan contra el derecho a la intimidad. (dicha conclusión debe considerarse en relación con las conclusiones de la Mesa «Intervención de los Servicios Consulares en materia de Extranjería»).

## El nuevo marco legal en el derecho de extranjería

### NOVENO.

Pensado desde una óptica de adecuación del control migratorio a las demandas del mercado de trabajo, las formas de Arraigo (Social, Laboral y familiar), nacieron con la voluntad de sustituir las regularizaciones masivas y puntuales (4 procesos de regularización y uno de normalización), concediendo a las administraciones locales el protagonismo en la manera de integrar a las personas que se encuentran en su territorio, con el énfasis en la inequívoca voluntad de los extranjeros de querer asentarse en ese lugar, ser un «vecino» más del municipio.

### DÉCIMO.– El endurecimiento del régimen sancionador

El procedimiento sancionador en materia de extranjería sufre una profunda modificación con la reforma introducida mediante LO 2/2009, exacerbando la respuesta sancionadora en muchos supuestos, incluyendo una notoria elevación de las multas: así, cabe referir la configuración de actuaciones hasta ahora ajenas al ámbito estricto de la extranjería como comportamientos sancionables (el empadronamiento ficticio o «sobreempadronamiento», *matrimonio blanco*, *de complacencia o de conveniencia*, entre otros supuestos), al tiempo que parecen deslindarse las infracciones en espacios distintos dependiendo de si el sujeto activo es propiamente el extranjero o si lo es el empleador o empresario o aquel que facilite conductas irregulares de extranjeros en España, independientemente de su nacionalidad.

### UNDÉCIMO.– La expulsión judicial sustitutoria

Respecto a la expulsión judicial sustitutoria del procesamiento del artículo 57.7.a) advertir que –por un principio procesal mínimo de audiencia e igualdad de armas para la defensa– debe ser oído el extranjero y su representación letrada.

### DUODÉCIMO.– Prohibición de entrada

Conviene resaltar los adecuados ajustes técnicos propuestos respecto a los extranjeros objeto de expediente de expulsión y que abandonen voluntariamente el territorio español (art. 58.2) a los que no se impondrá la medida de prohibición de entrada, si bien se debería haber concretado más el período de dicha prohibición dado que la horquilla es muy amplia (entre 3 y 10 años), originando mucha discrecionalidad en la práctica.

### DECIMOTERCERO.– La prescripción de la devolución

Como recomendación de *lege ferenda* debería plantearse el establecimiento expreso de la prescripción de la medida de devolución, la cual tiene una naturaleza mixta entre sanción y medida de seguridad, pero que al carecer expresamente de dicho período de prescripción, frecuentemente en la práctica se obvia tal extremo, originando la prolongación casi crónica de situaciones de irregularidad en personas que no puedan ser devueltas o expulsadas<sup>1</sup>.

(1) Caso de personas llegadas en su día ilegalmente a España (patera, cayuco) y que han permanecido el tiempo necesario para poder acceder a algún tipo de regularización (arraigo, etc.)

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II. En relación a las propuestas elevadas desde la Mesa para que sean tenidas en cuenta por el Gobierno en la redacción del Reglamento de Ejecución de la LOEX tras la reforma operada por la LO 2/2009 y tras el subsiguiente debate se concluyó:

### 1. Vuelta al Derecho administrativo común

Se concluye y recomienda que en el RELOEX, «se vuelva al Derecho administrativo común», pues como reconoce gran parte de la doctrina, tras la reforma de la LOEX operada por LO 14/2003 (de 20 de noviembre) se produjo la «huida del Derecho administrativo estableciendo un Procedimiento Administrativo Especial para los Extranjeros» que, aun amparado por el artículo 149. 18 de la CE, no puede ser contrario al mandato del artículo 9 ibídem. Entre otras garantías deberían introducirse en el Reglamento (reintroducirse) preceptos concretos sobre: a) lugares de presentación, b) legitimación, c) plazos, d) régimen de silencio administrativo, e) recursos en vía administrativa y f) el impulso desde la administración y el trámite procesal adecuado en lugar de la posibilidad de la inadmisión a trámite de expedientes de extranjería<sup>2</sup>.

### 2. Migración circular y derechos adquiridos

Se concluye que deben establecerse mecanismos legales que permitan la movilidad de los residentes legales, sin que en ningún caso puedan perder los derechos adquiridos.

### 3. Trabajadores cualificados

Se constata que a pesar de la coyuntura económica actual, España requiere y requerirá de trabajadores cualificados, por lo que siendo conscientes de lo mencionado es necesario incrementar la formación especializada para los residentes y fomentar la llegada de ciudadanos extranjeros cualificados.

### 4. Transferencia de competencias

Se concluye que las transferencias de competencias en materia de inmigración a las Comunidades Autónomas, que así lo contemplen en sus Estatutos de Autonomía, deben basarse en un modelo que permite que las CCAA gestionen de manera eficiente y coordinada las primeras autorizaciones laborales. No obstante, se constata por parte de los Abogados de Cataluña, que es el único precedente en esta materia, que después de seis meses de puesta en marcha existen dificultades de coordinación y encaje entre la Administración General del Estado y la Generalitat de Cataluña.

(2) Se recuerda que contra esta reforma continúa pendiente el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Parlamento Vasco.

## El nuevo marco legal en el derecho de extranjería

### 5. Irregularidad y derechos laborales

Se concluye que debe articularse una fórmula legal para que en el futuro RELOEX se matice lo que representa una pérdida de ciertos derechos laborales del trabajador extranjero en situación irregular, consolidados en línea jurisprudencial, especialmente en su caso respecto a las prestaciones por desempleo y la contradicción que puede suponer percibir una prestación (por ejemplo, una pensión por incapacidad) y permanecer irregular en España: en esta línea cabe mencionar la referencia explícita realizada por la Recomendación núm. 151 de la OIT, de junio de 1975, sobre trabajadores migrantes, la cual aconseja aplicar a los trabajadores en situación administrativa irregular el principio de igualdad de trato en los derechos derivados del empleo –aun siendo éste irregular– y también en los que se refiere a seguridad social y a las hipotéticas prestaciones por desempleo.

### 6. Diálogo social

Se destacó que el diálogo social es consustancial a la política de inmigración, pero que requiere de la participación activa no sólo del Estado y los agentes sociales sino también de otros agentes que intervienen de manera directa.

### 7. Informe de integración

Se insistió en la necesidad de que el futuro reglamento explique y concrete el contenido del informe de integración.

### 8. Servicio doméstico

Se constata la necesidad de que se lleve a cabo una nueva regulación del servicio doméstico, acorde con los derechos laborales del resto de las y los trabajadoras.

### 9. Derecho a la educación y becas

Se concluye que debe proponerse que en el futuro RELOEX y en relación con el derecho a la educación se redacten preceptos cuyo alcance y contenido garanticen claramente el derecho tanto de los menores como de los mayores de edad así como el derecho al acceso a becas.

### 10. Control judicial de los CIES

Concluimos que debe regularse de inmediato el control jurisdiccional de los CIES.

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

### 11. Garantías procedimentales

Se concluye que el RELOEX debería concretar que en el procedimiento ordinario el extranjero tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita y establecer mediante preceptos que de manera inequívoca y conforme a la Jurisprudencia reciente el procedimiento de expulsión *estándar* y principal es el procedimiento ordinario y no el preferente. De la misma manera, debe establecerse de manera clara que en el supuesto de que se procediera a la detención de un extranjero al que se le va a ejecutar la expulsión antes de las 72 horas debe notificársele tal extremo al letrado con la finalidad de no causarle indefensión al extranjero.

### 12. Visados de búsqueda de empleo

El control de flujos mediante los visados de búsqueda de empleo –hasta ahora activados mediante el Procedimiento de Gestión Colectiva de Contratación en Origen (antes llamado Contingente)– debería ampliarse en el futuro Reglamento a cuidadores de ancianos, niños y dependientes, toda vez que supondría una opción para que accedieran a puestos de trabajo en un sector donde se constata un elevado número de ofertas.

### 13. Autorizaciones de residencia excepcionales

Se parte del hecho de que el arraigo es un criterio jurídico indeterminado, que en el actual Reglamento de la Ley está tasado, pero contradictoriamente vacío de contenido y que no puede más que analizarse a la luz de cada caso concreto desde una perspectiva multidisciplinar. Igual sucede en el caso de las llamadas circunstancias excepcionales y/o razones humanitarias. Es por ello, que en el nuevo RELOEX no deberían redactarse a este respecto, preceptos que contenga *taxativamente* (*numerus clausus*) los supuestos que deben darse para que se concluya que existe una situación demostrada de ese «estado de necesidad» y dejar a la potestad de la Administración la aplicación analógica de algunos supuestos, siguiendo por ejemplo las recomendaciones de ACNUR.

**Conferenciantes:** MAURICIO VALIENTE OTS  
Responsable del Servicio Jurídico de CEAR

JUAN CARLOS ARNAIZ GUIJAS  
Oficial de Protección de ACNUR

**Presidente de mesa:** JOSÉ ANTONIO CABANILLAS  
DELGADO  
Director de la Fundación ACSAR

**Secretario de mesa:** MARCELO BELGRANO  
LEDESMA  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE,  
Coordinado del SOJE del ICA de Madrid

## Legislación de asilo. Ley 12/2009

### Conclusiones Mesa de trabajo 2.ª

- I. Fue necesaria la modificación de la Ley de asilo, por la necesidad de transposición de directivas comunitarias, sin embargo, su tramitación fue en grado sumo sesgada, sin la participación de los agentes sociales, mejorando un poco en el trámite legislativo.
- II. A falta de desarrollo reglamentario pueden verse aspectos positivos aunque predominan los negativos.

#### A) Aspectos positivos

- Prevé en la misma ley el asilo y la protección subsidiaria con procedimientos específicos
- Establece programas de reasentamiento.
- Mejora la asistencia letrada al concluir que es preceptiva en CIE y en frontera.
- Introduce como motivo de persecución el género y la orientación sexual.
- Introduce disposiciones específicas para menores y personas vulnerables.

#### B) Aspectos negativos

- Dificultad en el acceso al procedimiento.
- Casi desaparición de la vía de asilo en sede diplomática.
- La aplicación de FRONTEX dificulta el acceso.
- Exclusión del procedimiento de los comunitarios (sin respetar la Convención de Ginebra).
- Gran confusión en los nuevos procedimientos –inadmisiónes, denegaciones express–, en frontera y CIES.

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

Desaparece el carácter suspensivo de la devolución de frontera cuando el ACNUR informa favorablemente a la admisión.

Ampliación de los motivos de exclusión.

No está bien tratada el caso de mujeres víctimas de trata o tráfico en el procedimiento de asilo.

Dificultad de acogimiento y libertad de tránsito en los peticionarios de Ceuta y Melilla.

III. Necesidad de formación en temas de asilo en cuestiones de fondo y de procedimiento.

IV. Establecimientos de protocolos de actuación en los colegios profesionales para atender.

**Conferenciantes:** HECTOR GARCÍA MORAGO  
Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA  
Abogado. Coordinador del Equipo Jurídico de Andalucía Acoge

**Presidente de mesa:** ANTONIO SEGURA GARCÍA-CONSUEGRA  
Vocal de la Comissió d'Estrangeria de L'ICAB

**Secretario de la mesa:** FRANCISCO SOLANS PUYUELO  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, Responsable de Extranjería del ICA de Valencia

## La problemática derivada de los diversos criterios jurisprudenciales en materia de extranjería. Posibles soluciones

### Conclusiones Mesa de trabajo 3.<sup>a</sup>

Los abogados reunidos, con la asistencia y consejo de los ponentes, han constatado los siguientes puntos que elevamos como conclusiones de la mesa de criterios jurisprudenciales en materia de extranjería.

#### 1.- Dispersión de criterios jurisprudenciales

- A) Constatamos que, si bien no es un problema exclusivo del Derecho de Extranjería, existe un problema grave de dispersión de criterios jurisprudenciales entre los Juzgados y las Salas de los TSJ, que tiene su origen en tres factores:
- Una deficiente y poco clara técnica legislativa que incurre en ambigüedades que permiten un amplio margen y, por tanto, distintas interpretaciones, lo que ya de por sí resulta contrario al principio de seguridad jurídica.
  - La existencia de intenciones inconfesables, o mal explicadas, del legislador, que pretende dejar al albur de posibles interpretaciones una política basada en la superación de los límites constitucionales y legales.
  - La reforma de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, operada mediante la reforma de la LO 19/2003 de reforma de la LOPJ 6/1985, descargó excesivas competencias sobre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, entre ellas las de extranjería, hurtando así de su labor unificadora al Tribunal Supremo.
- B) Reclamamos soluciones técnicas adecuadas de este problema, que deberían incluir los siguientes aspectos:
- Una reforma de la LJCA que permita ampliar a las distintas entidades que constituyen la sociedad civil la iniciativa y la posibilidad de recurrir en casación en interés de Ley y/o unificación de doctrina.

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

- b) Mientras eso ocurre, es necesaria una interpretación flexible por parte del Tribunal Supremo que permita el uso actual, por parte de entidades reconocidas por la propia Administración por su presencia en el Foro Estatal de Integración de los Inmigrantes, como «entidades o corporaciones de interés general con interés legítimo» y con capacidad, por tanto, para interponer recursos de casación.
  - c) En aquellos casos en que distintas secciones de una misma Sala difieren, los Colegios de Abogados pueden instar a los presidentes o a la mayoría de estas Salas de lo Contencioso-Administrativo para que se aboque al plenario la resolución de estos asuntos.
  - d) Es urgente y necesario reducir la litigiosidad contencioso-administrativa, y ello puede ser a través de la intervención de un organismo jurídico independiente en la resolución de los recursos administrativos, que ahora resuelve la propia administración como juez y parte.
  - e) Urge asimismo que la reforma del Código Penal que está próxima a aprobarse recoja las muchas aportaciones jurisprudenciales que han venido a transformar por completo el artículo 89 CP.
- C) En estos momentos, hay una serie de asuntos que se presentan como cuestiones jurisprudenciales polémicas por su dispersión y la diferencia de criterios con que se resuelven, y destacamos los siguientes:
- a) La aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción a aplicar en extranjería, sobre todo en la determinación de la expulsión en lugar de la multa. En algunas Salas de lo contencioso se puede apreciar una clara falta de rigor jurídico en el seguimiento de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por influencia de motivaciones políticas, ideológicas o metajurídicas, si bien ocultas bajo excusas poco consistentes. En ese sentido se observan enormes diferencias en la apreciación de los elementos negativos que pueden llegar a justificar el agravamiento de la sanción hasta la expulsión, cuando no atribuciones de medida a lo que es una resolución sancionadora.
  - b) La retroactividad de la norma más favorable en el período de prohibición de entrada.
  - c) Los mecanismos de caducidad de la expulsión y la nulidad de notificaciones edictales simples y directas.
  - d) La admisibilidad de recursos contra decisiones de trámite con trascendencia en derechos –acuerdo de incoación con petición de internamiento– que con la nueva legislación pueden hacer admisible el recurso contra el acuerdo de adopción del procedimiento preferente.
  - d) La responsabilidad administrativa sobre lo que le ocurra a las personas durante su internamiento.
  - e) Las diferencias entre devolución y expulsión, pues debe exigirse a aquélla un procedimiento adicional para imponer la prohibición de entrada, así como aplicársele los plazos generales de prescripción y no los de la expulsión.
  - f) La determinación de la competencia a elección del sancionado entre la plaza de su residencia y la del órgano resolutor, que la ley reconoce y algunas sentencias limitan de manera impropia.

## La problemática derivada de los diversos criterios jurisprudenciales

- g) En las expulsiones con intervención judicial debe clarificarse la diferenciación de fundamento entre la expulsión y la imputación penal, y reconocerse la capacidad del juez penal para analizar el presupuesto material de la actuación administrativa en estos casos.
- h) La lentitud de la justicia, que la hace ineficaz, debe compensarse con una justicia cautelar valiente que valore mejor los intereses particulares y considere que los intereses administrativos son los de la parte más fuerte, pero también es la parte que, con la profusión de resoluciones sin fundamento, es culpable de ese retraso.

### 2. Participación en la redacción del nuevo Reglamento

Tal y como ha sido saludable la reforma del artículo 31, que exige valorar la posible concesión de renovación del permiso con antecedentes penales en todos los casos, el futuro Reglamento deberá contribuir a clarificar, en lo posible, muchos de los aspectos oscuros de la Ley que contribuyen a la dispersión de criterios. Para ello, la redacción del Reglamento debería tener en cuenta y oír la opinión de todos los agentes jurídicos implicados, especialmente de la Abogacía.

**Conferenciantes:** FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

CARLOS ALBERTO ALONSO

Inspector Jefe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Jefe de la Sección del Servicio Jurídico

**Presidente de mesa:** JUAN FORTUNY DE PEDRO

Comisario Jefe de la UCRIF y BPEF Barcelona

**Secretario de mesa:** JUAN RAMÓN PUIG PELLICER

Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, Vicedegà de L'ICA de Figeres

## El Código de Fronteras Schengen

### Conclusiones Mesa de trabajo 4.<sup>a</sup>

#### El Código de Fronteras Schengen

– El Código de Fronteras Schengen, en tanto que Reglamento Comunitario, tiene efectos directos y primacía sobre la normativa interna.

– El Acervo Schengen, que constituye Derecho Comunitario derivado, es el núcleo normativo de la UE, que lleva a cabo el objetivo de la Unión de la libre circulación de personas con la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia.

– Es una materia joven y en evolución. Históricamente es la última fase en el funcionamiento y desarrollo de la UE y tiene una fuerte repercusión en los derechos fundamentales.

– Existe una discrepancia de opiniones entre los operadores jurídicos que se ocupan del Acervo Schengen, mientras que los teóricos consideran que las anomalías en su aplicación se debe a la falta de práctica y a la novedad que supone, los funcionarios de la administración encargados de su aplicación consideran que se trata de una cortina de humo que esconde una verdadera voluntad de no aplicarlo.

– No puede identificarse espacio Schengen con espacio de la UE.

– El control de las fronteras exteriores, cuya ejecución y responsabilidad recae en cada Estado, debe regirse por el principio de solidaridad, pues tendrá efectos sobre todos los Estados que conforman el espacio Schengen, debiendo contribuir a la:

Lucha contra la inmigración clandestina y trata de seres humanos.

Prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros.

– La supresión de las fronteras interiores para la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia conlleva unas medidas compensatorias:

Armonización de los controles en las fronteras exteriores (CÓDIGO DE FRONTERAS SCHENGEN).

## El Código de Fronteras Schengen

Política común de visados (Código de visados).

Política común de inmigración de la Unión Europea.

Política común de asilo a nacionales de terceros Estados.

Cooperación judicial en materia civil y penal.

Cooperación policial.

Aproximación de legislaciones penales y procesales penales relevantes.

– Las garantías que establece el Código de Fronteras Schengen ante una denegación de entrada en el espacio de libertad, seguridad y justicia y que deben tener el carácter de mínimas son:

Recurrible según Derecho interno.

Impugnación *no suspende ejecución* resolución denegatoria.

Si estimación de la impugnación:

Posible indemnización con arreglo al Derecho interno.

Corrección sello entrada cancelado y demás cancelaciones adoptadas sobre su base

España debe mantener su actual régimen de derechos y garantías sin duda superiores a las previstas en el Reglamento Europeo.

– Exigirse la supresión del control en las fronteras interiores y que el ejercicio de las competencias de policía que conserva el Estado Español:

No tengan como objetivo el control de fronteras.

Se basen en información y experiencia policial, sobre posibles amenazas a la seguridad pública, y destinadas en particular a combatir la DELINCUENCIA TRANSFRONTERIZA.

Se ejecuten de modo claramente diferente a las inspecciones fronterizas exteriores.

Sean aleatorias.

– En modo alguno el Reglamento Comunitario de fronteras excluye la aplicación de la normativa interna española, sino que ésta junto con las demás disposiciones que constituyen el Acervo Schengen configuran el marco legal de aplicación en el cruce de fronteras.

– En lo que se refiere a los Convenios de Readmisión, a pesar de la modificación introducida por la LO 2/2009 en la redacción de la disposición adicional 6.<sup>a</sup> primer apartado en el que se ha procedido a suprimir la mención «y esta Ley», respecto a la versión anterior, estamos con lo que ya dije en su día el dictamen del Consejo de Estado de fecha 7 de septiembre de 2006 en el que se dice: «el núcleo de esos tratados de readmisión de personas en situación irregular en España es el acuerdo alcanzado entre España y un tercer Estado, en virtud del cual, este último se compromete a readmitir en su territorio a personas (básicamente, nacionales suyos) que se encuentran irregularmente en España. Consecuentemente, esos tratados se ocupan, fundamentalmente, de los requisitos que las autoridades españolas deben observar para trasladar a esas personas a los Estados contraparte, lo que incluye la identificación de las personas detectadas, la comprobación de su nacionalidad o vínculo con el Estado en cuestión, la expresión de las causas en que se basa la denegación de entrada, las comunicaciones

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

que las autoridades españolas han de dirigir a las del Estado contraparte, y los plazos, formas y procedimientos que hay que observar para la repatriación de los interesados». Debe entenderse que ninguna modificación se ha producido respecto a los requisitos de la denegación de entrada que es el acto administrativo previo al hoy denominado regreso y que es este último del cual se ocupan los convenios de readmisión, por lo que se exhorta a los letrados que procedan a ejercitar las acciones legales en los mismos términos que, con éxito, han realizado hasta ahora, con invocación de la pacífica jurisprudencia.

– Causa extrañeza que por parte de la Comisaría General de Documentación y Extranjería se desconozca la vulneración de los derechos de defensa y asistencia jurídica en la provincia de Girona, largamente denunciados tanto ante la Subdelegación del Gobierno en Girona y delegación del Gobierno de Catalunya y que han dado lugar a actuaciones por parte de la oficina del Defensor del Pueblo.

– Necesidad de que por parte de la Comisaría General de documentación y extranjería se dicten unas directrices públicas, claras y unificadoras para todo el territorio estatal en cuanto a la interpretación de la normativa y la efectiva prestación de la asistencia letrada en los procedimientos de denegación de entrada, devolución o sancionadores que puedan comportar la expulsión.

– Reclamar un sistema de garantías que permitan el acceso a la UE de personas necesitadas de protección.

– Recomendar que el Ministerio de Asuntos Exteriores, en cumplimiento de los Acuerdos y Convenios Internacionales de Protección de Derechos Humanos de los que España es parte y al objeto de no favorecer interpretaciones restrictivas de derechos, en todos los acuerdos que negocie, incluya una cláusula de asistencia letrada a todas las personas que puedan ser objeto de readmisión.

**Conferenciantes:** FERNANDO RODRÍGUEZ REY  
Fiscal Delegado de Extranjería en Barcelona

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS  
Letrado del Tribunal Constitucional. Profesor de  
Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos

**Presidenta de mesa:** JORDINA VIÑAS BOLADERAS  
Técnica de la Secretaría per a la Inmigració de la  
Generalitat de Catalunya

**Secretario de mesa:** ANTONIO S. ZAPATA  
NAVARRO  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE,  
en representación del ICA de Melilla

## Directiva de retorno. Medidas limitadoras de la libertad en el ámbito de extranjería

### Conclusiones Mesa de trabajo 5.<sup>a</sup>

#### Conclusiones en orden a obtener elementos prácticos relativos a esta materia

1. Censura del plazo de 60 días en internamientos.
2. Censura de todas las situaciones en las que se producen restricciones y privaciones del derecho de libertad.
3. Observancia de los criterios seguidos por la administración en detención para puesta a disposición judicial.
4. Exigencia de motivación suficiente en los autos de internamientos, poniendo de manifiesto su insuficiencia vía recurso.
5. Igualmente, exigencia de una pormenorización de las circunstancias concurrentes singularizadas y que sean enumeradas en cada caso concreto.
6. Esfuerzo de la abogacía en estudiar y aportar nuevas ideas, nuevos argumentos jurídicos en los escritos y recursos.
7. Manejo por la abogacía de la legislación europea común y su invocación constante. para ello se desarrollarán acciones formativas concretas.
8. Acceso a los tribunales supranacionales vía recursos, agotando el sistema de recursos.
9. Planteo de cuestiones susceptibles de ser elevadas como cuestiones prejudiciales, abriendo así una nueva vía de actuación.
10. Indicación.

**Conferenciantes:** EDUARDO ROJO TORRECILLA  
Catedrático de Derecho del Trabajo y S.S. de la Universitat Autònoma de Barcelona

PAOLO MARTINO COSSU  
Administrador Principal de la Secretaría General del Consejo de la UE

**Presidenta de mesa:** GEMMA PINYOL JIMÉNEZ  
Gabinete de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración

**Secretario de mesa:** JOSÉ MARÍA PEY GONZÁLEZ  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, en representación del Consejo Vasco de la Abogacía

## Libre circulación de los trabajadores en la UE: residencia de larga duración y trabajadores altamente cualificados

### Conclusiones Mesa de trabajo 6.<sup>a</sup>

La libre circulación de los trabajadores existente desde la creación de las Comunidades Europeas en 1957 (art. 39 del Tratado de Roma), constituye una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho Comunitario y un derecho esencial de la ciudadanía de la Unión.

Actualmente, forma parte del derecho más general de la libre circulación de las personas y significa que todo ciudadano de la UE puede buscar empleo en otro país de la Unión, instalarse para trabajar allí sin necesidad de un permiso de trabajo, quedarse en ese país incluso al término de su contrato y recibir el mismo trato que los nacionales en lo que respecta al acceso al empleo, condiciones de trabajo y demás ventajas sociales y fiscales que facilitan la integración en el país de acogida.

Inicialmente concebido como derecho perteneciente a los ciudadanos de la Unión, se ha estimado pertinente, en aras a propiciar la integración, su extensión a los ciudadanos nacionales de terceros países que cuentan con suficiente enraizamiento en los países miembros de la Unión, bien por haber residido permanentemente en su territorio, bien por su alta cualificación profesional.

En este sentido, la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, establece, en su Capítulo Tercero, el derecho a residir, por un período superior a 3 meses, en el territorio de otros Estados miembros diferentes del que le haya reconocido el estatuto de residencia de larga duración y la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo, reconoce, igualmente, en su Capítulo Quinto, el derecho a la movilidad profesional y geográfica en la Unión al ciudadano extranjero nacional de un tercer país titular de la tarjeta azul UE y a los miembros de su familia, para fines de empleo altamente cualificado.

Examinadas, pues, las antedichas Directivas relativas al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, así como la normativa española sobre la materia (Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social –arts. 32 y 38 ter–, Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 2393/04, de 30 de diciembre –Capítulos 2.º, 3.º y 4.º del Título IV– e Instrucciones de la Dirección General de Inmigración núm. 4/08, 4/09, 5/09 y 9/09.

**Constatamos:**

PRIMERO.- Que la política común de inmigración de la Unión Europea, a través del marco legal abierto por el Tratado de Lisboa y por el Programa de Estocolmo, sigue apostando por un marco migratorio fuertemente restrictivo y controlado. Ello, entendemos, no debe ser óbice para que, como se recoge en el Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, la protección de los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, se convierta en el eje de todas las políticas y normativas de la Unión Europea, pues dicha protección debe surtir plenos efectos y los derechos, en ella reconocidos, deben ser tangibles y efectivos.

SEGUNDO.- Que pese a que la política comunitaria de inmigración trata de conseguir un justo equilibrio entre el acceso regular al territorio de sus Estados miembros por parte de ciudadanos nacionales de terceros países y reforzar las medidas de lucha contra la inmigración irregular y la delincuencia transfronteriza, la seguridad que loablemente se intenta conseguir no debe impedir el ejercicio de una protección adecuada para las personas y grupos en situación vulnerable.

TERCERO.- Que el vínculo entre inmigración y mercado de trabajo sigue siendo una de las características más significativas de la política comunitaria de inmigración, sin embargo, consideramos que esta política ha de plantear objetivos a medio plazo y no dejarse guiar única y exclusivamente por la actual coyuntura económica, pues se corre el riesgo de que dicha política sea muy restrictiva en cuanto a la admisión de nacionales de terceros países y es indudable que, tanto por razones económicas como demográficas, la Unión Europea va a seguir necesitando la llegada de inmigrantes.

CUARTO.- Que, según se ha expuesto con carácter previo, dicha política común de inmigración tiende a garantizar un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan regular e ininterrumpidamente en uno de los Estados miembros de la Unión con el de sus propios nacionales. Consecuencia de lo cual pueden ejercer el derecho a la libre circulación por el espacio Schengen.

En relación a dicha movilidad, valoramos positivamente que comience a estudiarse cómo articular mecanismos adecuados de migración circular entre países de origen y de acogida que permitan el abandono temporal de estos últimos pero con posibilidades jurídicas de retorno sin necesidad de iniciar toda una nueva tramitación de acceso al Estado miembro de acogida. Extremo este que debe ser tenido en consideración en la elaboración del futuro reglamento de extranjería, estableciendo de manera clara y justa el cómputo de los períodos de ausencia.

QUINTO.- Que la trasposición de las Directivas del Consejo 2003/109/CE, de 25 de noviembre y 2009/50/CE, de 25 de mayo, a través de los artículos 32 y 38 ter, de la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, se ha efectuado con escasa concreción, realizando una continua y constante remisión al Reglamento, que está ocasionando numerosos problemas prácticos en lo que atañe, especialmente, a la residencia de larga duración. En consecuencia,

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

### Proponemos:

- A) Por lo que respecta a la Directiva 2003/109/CE:
- a) Que se diferencie claramente por nuestro legislador entre el Estatuto de residente de larga duración (haz de derechos que confiere la residencia regular e ininterrumpida en el territorio de un Estado miembro) y el instrumento o título que acredita o materializa éste (permiso/autorización de residencia de residente de larga duración CE<sup>1</sup>). Estatuto que comporta igualdad de trato con los ciudadanos del Estado de la Unión Europea, en un amplio abanico de sectores económicos y sociales y el derecho de residencia –movilidad– en los demás Estados miembros.
  - b) Que los requisitos que la Directiva señala para la obtención del Estatuto de residente de larga duración sean interpretados con carácter flexible por la Administración. Así, respecto a la exigencia de contar con recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, consideramos conveniente recordar que la Directiva señala expresamente cómo los Estados deben aplicar las disposiciones de la presente Directiva sin ningún tipo de discriminación por razón de fortuna y que las razones de orden económico no deben ser motivo para denegar la concesión del estatuto.
  - c) Que, tal y como se recoge en la Instrucción de la Dirección General de Inmigración núm. 9/2009 (y pese a que, como ya ha señalado nuestro Tribunal Supremo, a través de una Instrucción no pueden regularse aspectos que afectan a los derechos y deberes, por ser materia reservada a la Ley y al Reglamento), dado que el acceso a la anterior residencia permanente, actual residencia de larga duración, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª de la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, puede obtenerse por vías diferentes a la residencia temporal y continuada en nuestro país durante 5 años –art 72.3 Real Decreto 2393/04, de 30 de diciembre– y que la propia Directiva no excluye la posibilidad de que se apliquen disposiciones nacionales más favorables (art. 13), interesamos que esta circunstancia sea tenida en consideración en la elaboración del próximo Reglamento de Extranjería, así como que las previsiones más favorables que nuestra legislación de extranjería contenía para la obtención y el mantenimiento de dicha autorización se conserven.
  - d) Que los problemas de cooperación y de comunicación entre los diferentes Estados miembros de la Unión Europea que están generando problemas respecto a la movilidad/circulación reconocida por la Directiva a los nacionales de terceros países residentes de larga duración, sean subsanados a la mayor brevedad, pues con ello se incide y afecta directamente a los derechos y garantías que el Estatuto logrado les brinda.

(1) Debiendo observarse que la Directiva sólo contempla un tipo de autorización o permiso, el de residencia de larga duración CE, y no distingue, de cara a su obtención en un segundo Estado miembro, si el ciudadano extranjero residente de larga duración en un Estado de la Unión desea conservar o no el estatuto obtenido en ese primer país.

## Libre circulación de los trabajadores en la UE

## B) En relación a la Directiva 2009/50/CE:

a) Que a los efectos de no impedir o restringir el ejercicio del derecho de residencia del trabajador nacional de tercer país altamente cualificado, éste pueda reagrupar a sus familiares, especialmente a sus ascendientes, sin las limitaciones establecidas en la Ley 2/2009, de 11 de diciembre.

b) Que dado que reglamentariamente han de determinarse los términos de equiparación entre cualificación de enseñanza superior y 5 años de experiencia profesional, así como los requisitos para la concesión y renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, deba tenerse especialmente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5, 7.2, 8.2, 9 a 11 y 13 de la referida Directiva (relativos a los requisitos y documentos que debe reunir la solicitud, período de validez de la autorización, supuestos de denegación y renovación, así como garantías procedimentales).

De esta forma, en el plazo para examinar la solicitud no debe computarse el tiempo necesario para el reconocimiento de las titulaciones profesionales ni el tiempo necesario para expedir el visado, en caso de ser preciso y las cualificaciones profesionales adquiridas en otro Estado miembro deben ser reconocidas.

c) Que debido a la incidencia que la regulación objeto de la Directiva supone en la autorización de residencia de larga duración, han de observarse las excepciones recogidas en los artículos 16 a 19, en virtud de las cuales se permite la acumulación de períodos de residencia en diferentes Estados de la Unión (para el cómputo de los 5 años de residencia temporal y continuada, presupuesto de la concesión del estatuto de residente de larga duración) y se amplían e interpretan de forma más flexible a los titulares de la tarjeta azul UE los períodos de ausencia del territorio de la Unión.

**Conferenciantes:** DOMENICO INSANGUINE  
Presidente del OGIM

XAVIER ALONSO CALDERÓN  
Jefe de l'Àrea d'Estrangeria i Relacions Laborals.  
Secretaria per a la Immigració de la Generalitat de Catalunya.

**Secretaria de mesa:** SONIA MARTÍNEZ ALBIÑANA  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE,  
Representante del CGAE en el grupo de trabajo CCBE.

## El nuevo modelo social: convivencia versus irregularidad

### Conclusiones Mesa de trabajo 7.<sup>a</sup>

#### Desde la perspectiva italiana

- 1) La introducción de un nuevo tipo penal en el ordenamiento jurídico italiano, que castiga la entrada y la permanencia del extranjero que se encuentre en situación irregular en el territorio italiano, pone de manifiesto la voluntad de estigmatizar y criminalizar al inmigrante irregular.
- 2) Se constata que los dos grandes modelos sociales de convivencia europeos, el modelo de asimilación francés y el modelo multicultural británico, han entrado en crisis, sin que hasta la fecha se hayan analizado las causas del fracaso de ambos modelos que se puso en evidencia tras los actos de terrorismo ocurridos en Londres y los disturbios en los suburbios de París.
- 3) Italia no tiene un modelo social de convivencia definido, aunque la política que se sigue es la de respetar los valores propios de la cultura del inmigrante siempre que no entren en contradicción con los valores culturales propios de la sociedad italiana.
- 4) Se constata que a la hora de adoptar o construir un modelo de convivencia social se siguen tres concepciones distintas:
  1. La necesidad de integración de los inmigrantes a los estilos de vida de la sociedad de acogida.
  2. La convivencia entre las culturas.
  3. La convivencia más una interculturalidad que permita superar el desconocimiento mutuo.
- 5) Se pone de manifiesto la necesidad de crear mecanismos legales que faciliten el intercambio cultural y favorezcan las experiencias positivas que permitan superar la confrontación cultural.

## El nuevo modelo social: convivencia versus irregularidad

- 6) Se propone reconocer a los inmigrantes irregulares permanentes, el estatus de preciudadanía que les otorgue los derechos de libre circulación y demás derechos básicos. Ello supondría el reconocimiento de unos derechos asimilados o superpuestos a los que se otorgan a los ciudadanos de la UE.

### Desde la perspectiva francesa

- 1) En Francia se reconocen a los inmigrantes regulares los mismos derechos y libertades que a los autóctonos excepto aquellos de contenido político.
- 2) Se constata un recrudecimiento de la legislación francesa en materia de inmigración y actualmente existe un proyecto de Ley cuyo objetivo es que la inmigración por trabajo sustituya a la inmigración familiar.
- 3) Es necesario un consenso entre todos los juristas europeos defensores de los derechos de los inmigrantes para contrarrestar las tendencias restrictivas de las actuales legislaciones de los diferentes Estados miembros.

### Desde la perspectiva española

- 1) La irregularidad seguirá existiendo en nuestro país y debe ser incluida en la reflexión de la convivencia social sin oponer ambas.
- 2) Consideramos que la cohesión o convivencia social incluye, además de una eficiente gestión migratoria, otras cuatro cuestiones:
  1. Las actitudes de la población autóctona. Para ello la Administración debe preocuparse porque los mecanismos de gestión migratoria sean comprendidos y adoptados por la población autóctona.
  2. Los programas de integración deben ser asumidos por la población autóctona mediante la formación, la sensibilización y la información sobre el fenómeno migratorio.
  3. Un estatuto claro de derechos y deberes para los inmigrantes, incluidos aquellos en situación administrativa irregular.
  4. La puerta de acceso a bastantes derechos por parte de las personas extranjeras en situación irregular es la decisión administrativa de empadronar. Por ello el debate del padrón no es un debate más, ya que simboliza si estamos o no de acuerdo con mucha, con poca o con ninguna irregularidad.

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

### Desde la perspectiva marroquí

- 1) Se constata que la legislación marroquí en materia migratoria se circunscribe, únicamente, a proteger sus ciudadanos emigrantes en el extranjero, debido a que Marruecos es país de emigración.
- 2) Se percibe un deterioro de la «condición de inmigrante» hasta el punto de criminalizarlo. La tendencia social es a generalizar las conductas antisociales de determinados inmigrantes en territorio español y ello fomenta el resentimiento de la población autóctona de acogida.
- 3) Entendemos que a los inmigrantes no se les puede exigir más que a los propios autóctonos. Por tanto, consideramos que no puede condicionarse la integración social al simple conocimiento de las lenguas autóctonas y las características culturales e históricas del territorio de acogida.

**Conferenciantes:** BARTOLOMÉ JOSÉ MARTÍNEZ  
Asesor Responsable del Área de Inmigración y Asuntos Exteriores del Defensor del Pueblo

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ  
Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León

**Presidenta de mesa:** ANA MARÍA MANUEL HIDALGO  
Vocal de la Comissió d'Estrangeria de L'ICAB.

**Secretaria de mesa:** MARGARITA PALOS NADAL  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.  
Responsable de Extranjería del ICA de Palma de Mallorca

## Intervención de los servicios consulares en materia de extranjería

### Conclusiones Mesa de trabajo 8.<sup>a</sup>

La organización del Congreso de Barcelona, muy acertadamente, reunió en la presente mesa dos ponentes de gran formación jurídica, la Profesora Dra. Aurelia Álvarez de la Universidad de León y don Bartolomé José Martínez, Letrado del Defensor del Pueblo, Director del Área de Inmigración de esta Institución. El acierto de la conjunción de dichos ponentes fue el visionar por parte de los asistentes dos aspectos importantes de la actividad consular, especialmente después de la denominada Ley de Memoria Histórica. Por una parte, el Consulado como receptor de solicitudes de nacionalidad española. Se nos recordó que a la fecha de la ponencia los consulados de España habían tramitado 81.715 solicitudes de nacionalidades (conservación, recuperación, opción) en los que no es necesaria la previa residencia. Se manifestó que la Ley de Memoria Histórica pretende, entre otras cosas, facilitar el acceso a la nacionalidad española de aquellas personas a quienes no se les transmitió. En la ponencia del Sr. José Martínez, tuvimos una visión absolutamente diferente de los Consulados de España relacionada directamente con la Ley<sup>1</sup> y el Reglamento de Extranjería<sup>2</sup>, así como con normativa para los ciudadanos comunitarios y sus familias<sup>3</sup> y, en definitiva, con la concesión y denegación de visados, trasladando

(1) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero), en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre) y por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre).

(2) Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005), en su redacción dada por el Real Decreto 1019/2006, de 8 de septiembre (BOE núm. 228, de 23 de septiembre), por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (BOE núm. 51, de 28 de febrero) y por el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio (BOE núm. 177, de 23 de julio).

(3) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero), en su redacción dada por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio (BOE núm. 177, de 23 de julio).

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

desde la visión de la Institución del Defensor la problemática conocida y constatada a través de las quejas, estudios e investigaciones que la Institución realiza.

La Ponencia de la Profesora Aurelia Álvarez Rodríguez aparecerá en la página web que dirige MIGRAR CON DERECHOS <http://www.migrar.org>.

Sin perjuicio de la lectura de la Ponencia la principal conclusión es la necesaria revisión de la INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO de 4 de noviembre de 2008 con el fin de dotar a los Consulados y a los Registros Civiles de elementos que permitan una mejor instrucción de los expedientes.

Por otra parte, se constató que los trámites de nacionalidad consecuencia de la Ley de Memoria Histórica se efectúan con mayor rapidez desde los consulados de España que desde los Registros Civiles donde demoran un plazo superior.

**En cuanto a la Ponencia del representante del Defensor del Pueblo, se concluyó lo siguiente:**

### 1.ª conclusión

Nos encontramos con una estructura consular del siglo XIX para problemas del siglo XXI. Es necesario la adecuación de los consulados a la actual realidad migratoria e insistir en la dotación informática de alto nivel en ellos.

### 2.ª conclusión

La dificultad de contar con medios de control para revisar la actividad consular. El Defensor procede a actuar a partir de las quejas presentadas por escrito a la Institución o a través de la página web [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es).

### 3.ª conclusión

Como consecuencia de lo anterior se hace imposible el análisis de la coherencia de la Administración consular en sus decisiones. Consideramos imposible entender por qué se deniegan algunos visados cuando se ha realizado un esfuerzo de la Administración y de los particulares implicados en las concesiones de autorizaciones previas en sede administrativa española, es decir, en las Oficinas de Extranjeros de las Delegaciones de Gobierno y en las Subdelegaciones correspondientes.

### 4.ª conclusión

La problemática derivada de las personas que hallándose renovando su autorización salen de España con o sin autorización de regreso. Dichas personas tienen que proveerse del correspondiente visado para regresar a España si les ha caducado la autorización de regreso o si carecen de ella. Se propone desde la Institución conceder autorización de regreso con la solicitud de renovación, modificando la legislación vigente. Se constata, por tanto, una pérdida de derechos de los extranjeros que están renovando su documentación en relación a la libertad de circulación del extranjero.

## Intervención de los servicios consulares en materia de extranjería

**5.ª conclusión**

Se constata la disfunción de las competencias consulares en relación con la categoría administrativa y formación de los miembros de la administración consular. Por tanto, se propone insistir en la competencia y mayor capacitación del personal consular, incluidos los cónsules que realizan funciones de Juez y Fiscal, sin tener, en algunos casos, la cualificación necesaria para ello.

**6.ª conclusión**

En cuanto a las oficinas de legalización consulares se anuncia que ésta es una cuestión de difícil solución y se propone por parte de la Institución la digitalización de certificados.

**7.ª conclusión**

La Institución no comparte y por tanto critica la externalización de funciones y la arbitrariedad y abuso de poder que ello comporta. No existe control desde el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre los despachos colaboradores de los consulados.

**8.ª conclusión**

En cuanto al acceso a los Consulados de España por parte del Defensor se propone buscar soluciones dependientes del Consulado, no delegar dicho control externo en el Estado donde el consulado se encuentra ubicado.

**9.ª conclusión**

Necesidad de que exista un control del contenido de las páginas web de los consulados de España.

**10.ª conclusión**

Se constata la banalización de ciertos derechos en sede consular.

**11.ª conclusión**

Se constata la realización de las pruebas de ADN como un potencial peligro para las personas según en qué país se realicen éstas. Crítica de los test y técnicas de determinación subjetiva de la edad, basadas en apreciaciones personales de los funcionarios consulares.

**12.ª conclusión**

Se recomienda que en los procesos de reagrupación familiar la edad del menor a la fecha de iniciación del expediente administrativo en España sea la que se tendrá en cuenta hasta la finalización del procedimiento y posterior solicitud y concesión de visado.

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

### 13.ª conclusión

Se recomienda valorar la concesión de visados a las personas, que aun con prohibición de entrada en el Espacio Shengen, tengan vínculos matrimoniales españoles o ciudadanos de la Unión Europea.

### 14.ª conclusión

Se recomienda un procedimiento análogo a los ascendientes de comunitarios para los visados de residencia de ascendientes de españoles, claramente discriminados en la normativa actual.

La materia consular se refleja asimismo en otras mesas del congreso tales como:

MESA NÚMERO 1.– Conclusión octava y duodécima y propuesta número 12 de dicha mesa en relación con los visados de búsqueda de empleo.

MESA NÚMERO 2.– Como aspecto negativo en la mesa de asilo se manifiesta la desaparición de la vía de asilo en sede diplomática.

MESA NÚMERO 4.– Evidentemente el contenido de toda la mesa número cuatro está relacionado con la mesa número 8 al tratar aquélla del código de fronteras Shengen.

A los participantes en dicha mesa y a todos los que estén interesados en esta materia se recomienda la Lectura de la memoria 2009 del Defensor en todo aquello que refleje la actividad consular, en especial las recomendaciones aceptadas y las rechazadas por la Administración española: Vid. <http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesanuales/Informe2009.pdf>.

**Conferenciantes:** JOAQUÍN ANTONIO SÁNCHEZ-COVISA VILLA  
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Delegado de Extranjería

M.<sup>a</sup> LUISA MAQUEDA ABREU  
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada

**Presidente de mesa:** JORDI DE TIENDA GARCÍA  
Diputat de la Comissió d'Extranjeria de L'ICAB.

**Secretaria de mesa:** ANA MARÍA URÍA PELAYO.  
Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE,  
Miembro de la Comisión de Extranjería del ICA de Cantabria

## El extranjero como víctima

### Conclusiones Mesa de trabajo 9.<sup>a</sup>

#### Hemos de denunciar que:

- Una vez en España, el extranjero es víctima de la política migratoria del Estado, basada en el control de flujos, el restablecimiento del orden público de extranjería, criminalizadora de la inmigración, etc.
- El extranjero es víctima de delitos por el hecho de ser extranjero: víctima de discriminación, de xenofobia, de explotación laboral, de tráfico ilícito de mano de obra, de inmigración ilegal de tráfico de seres humanos o laboral, víctima de explotación sexual, víctima de violencia de género; es víctima de delitos como persona: delitos de lesiones, estafa, abusos sexuales, etc. Existe una doble victimización del extranjero que cuando acude a denunciar que ha sido víctima de algún delito, se le incoa a continuación un procedimiento sancionador de expulsión.
- El extranjero es víctima porque las instituciones no aplican la legalidad vigente por dejación de sus funciones impidiendo el acceso efectivo a la protección de sus derechos humanos.
- El riesgo de que bajo esta política de control de flujos del Estado, el pensamiento de la vulnerabilidad del extranjero por su situación de residencia ilegal, de incertidumbre y precariedad administrativa y la victimización ficticia sea trasladado a todos los migrantes para minimizar sus derechos.
- El hecho migratorio se ha convertido en un problema de orden público y todo movimiento migratorio está bajo la sospecha de la trata. Así, por ejemplo, se castiga en la Reforma del CP la ayuda al tráfico ilegal, en los que se ven incluidos los supuestos solidarios de ayuda.

## Conclusiones XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

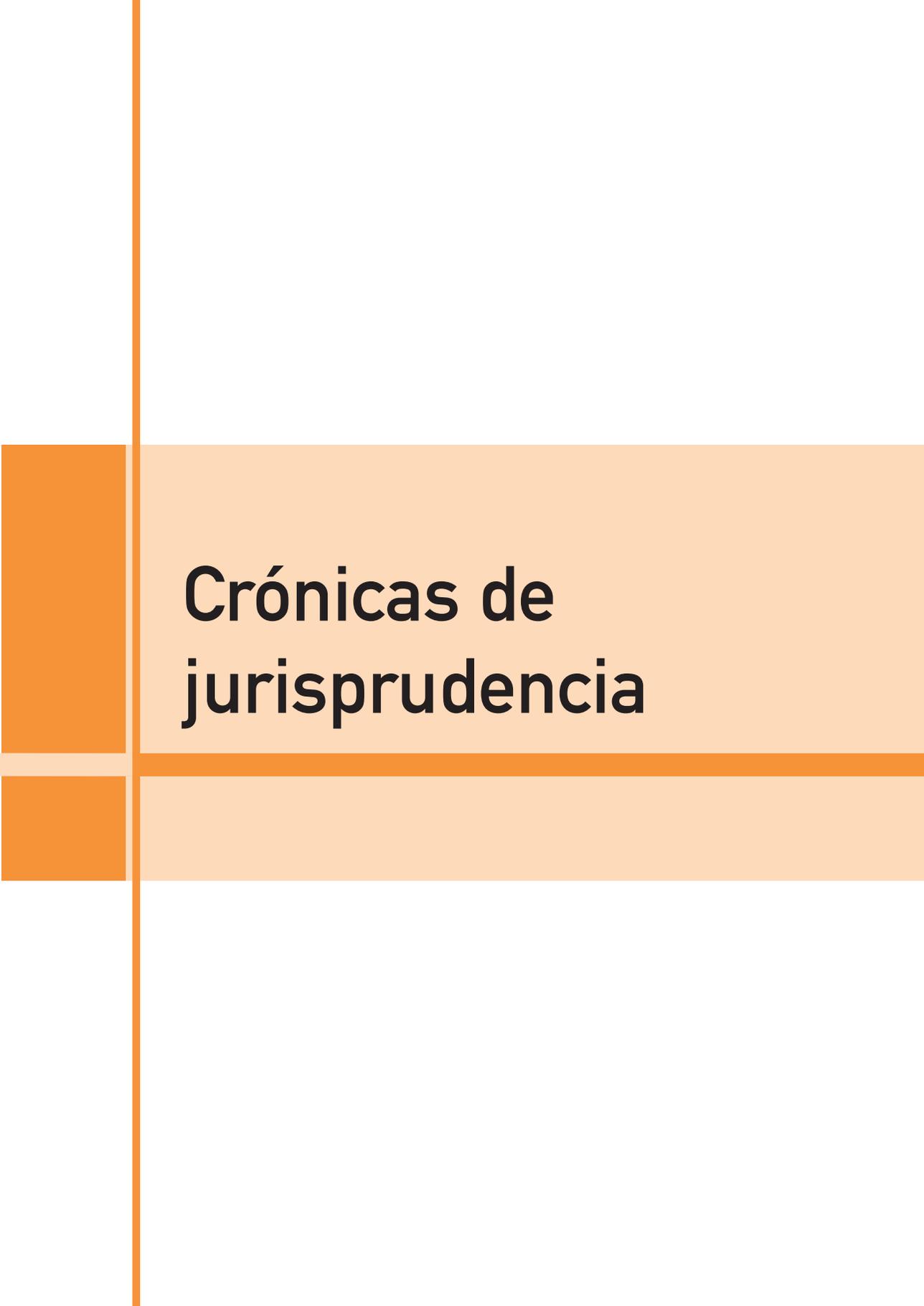
- El hecho de que ciudadanos extranjeros objeto de delitos sean internados en Centros de Internamiento y por esta causa no se pueda continuar con la denuncia del delito; en otros casos, son expulsados antes de que se pueda encausar el delito.
- En un alto porcentaje, las víctimas son mujeres extranjeras, como en el delito de violencia de género y de trata de seres humanos.
- La trata de seres humanos es una nueva esclavitud en el siglo XXI, el mayor atentado contra la dignidad de la persona y sus derechos humanos al perseguir la cosificación del ser humano, que afecta a mujeres y niñas, que están muy desprotegidas, ocultas y silenciosas. Es un problema de violencia de género.
- La trata de seres humanos es uno de los tres negocios más lucrativos junto con el tráfico de drogas y armas; y por estos extraordinarios beneficios que produce es fuente de corrupción.
- La pésima tipificación de los delitos relacionados con la trata de seres humanos, la explotación sexual y laboral, así como con el delito de proxenetismo. Así, por ejemplo, el CP castiga con penas superiores favorecer la inmigración ilegal (artículo 318 bis CP) que la trata de seres humanos (nuevo artículo 177 bis CP); así como la tipificación de la ayuda al tráfico ilegal. Esto genera problemas a la hora de la calificación de los delitos y de su condena.
- Se confunde el delito de tráfico de personas en el que se protege el orden público de extranjería con el delito de trata, en el que se protegen derechos humanos de extranjeros vulnerables.
- Las personas traficadas no son vistas y tratadas como víctimas sino como delincuentes. El tráfico es explotación de la inmigración, pero las víctimas traficadas no son inmigrantes criminales.
- No existen profesionales capacitados ni medios adecuados para la identificación de las víctimas.
- En los artículos 59 y 59 bis de la LOEX no se contemplan situaciones en las que un extranjero víctima de un delito de estafa, abusos sexuales, etc. (diferente a la trata de seres humanos) acuda a Comisaría para denunciar la comisión del delito. Queda absolutamente desprotegida esta víctima.

### Proponemos que se tenga en cuenta en la redacción del Nuevo Reglamento de Extranjería en relación con la trata de seres humanos:

- Que la lucha contra la trata de seres humanos tenga tres pilares básicos: la prevención del delito de la trata de seres humanos, la persecución penal concertada y la protección de la víctima; acciones que deben estar presididas por cuatro principios orientadores comunes: el principio de igualdad entre hombres y mujeres, la especial consideración de los menores de 18 años, la imprescindible colaboración y participación de la sociedad civil a través de las ONG y la necesaria cooperación interestatal.

## El extranjero como víctima

- Que dada la dificultad existente en la identificación de la víctima, ésta se haga por unidades de rescate integradas por expertos multidisciplinares formados especialmente en trata: investigadores policiales, psicólogos, trabajadores sociales, medidores culturales, abogados independientes del turno de oficio tanto de la especialidad penal como de extranjería. Estos expertos han de informar a la víctima de sus derechos.
- Que para la identificación se utilicen indicios de victimización, que son generales, relativos a su entorno, conductuales no verbales, verbales, relativos a la servidumbre por deudas y relativos a los menores víctimas de trata. En todo caso, debe prevalecer una presunción de victimización.
- Que la lucha contra la trata se ha de realizar desde una perspectiva de derechos humanos, impidiendo que la protección de las víctimas quede supeditada a la denuncia de la víctima, a la desarticulación de las redes y al control migratorio.
- Que la investigación no se ciña a la declaración de la víctima, sino que se investigue el delito, para que si la víctima se desmorona y abandona, se pueda seguir persiguiendo el delito hasta que se dicte sentencia por un tribunal.
- Que el principal objetivo sea la protección y recuperación física y psicológica de la víctima.
- Que se realice un gran esfuerzo de formación de los profesionales que van a trabajar en esta materia.
- Que sea la Audiencia Nacional quien tenga la competencia para conocer este tipo de delitos.
- Que se elabore una nueva Ley de Protección de Testigos, dotada de instrumentos jurídicos de protección adecuados a la trata y contemplando los medios económicos necesarios para su aplicación.
- Que el período de reflexión de la víctima no esté sometido a plazo, ya que hasta que no esté recuperada no se va a poder enfrentar a todo lo que supone la denuncia, su testimonio y todo el proceso penal.
- Que no se incoen procedimientos sancionadores de expulsión a la potencial víctima de trata, ya que la protección y recuperación de la víctima está por encima del control de flujos y del restablecimiento del orden público de extranjería.

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a darker orange band on the left and a lighter orange band on the right. The text is centered in the white space between these bands.

# Crónicas de jurisprudencia



# ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

## ASILO

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 17 de febrero 2010.

**Recurso de Apelación:** 539/2009.

**Ponente:** Don Javier Eugenio López Candela.

**Voz:** Admisión a trámite de la solicitud de asilo. Acreditación de la nacionalidad. Subsanción de la falta de identificación: certificación de acta de nacimiento de sus hijos.

**Resumen:** Se estima el recurso interpuesto por la recurrente. Nacional de Guinea Conakry que alega persecución en su país debido a golpe de Estado. Subsanción de la falta de identificación mediante la aportación de prueba documental consistente en la certificación del acta de nacimiento de sus hijos. Procedimiento de admisión no adecuado para valorar la convulsión existente en el ejército de Guinea y la grave alteración del orden social. Revocación de la sentencia impugnada.

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 2 de marzo de 2010.

**Cuestión Prejudicial:** C-175/08.

**Ponente:** Sr. Larsen.

**Voz:** Concesión del estatuto de refugiado: requisitos. Temor infundado a ser perseguido.

**Resumen:** Refugiado: una persona pierde su condición de refugiado cuando, debido a un cambio de circunstancias significativo y que no sea de carácter provisional, producido en el país tercero de que se trate, hayan desaparecido las circunstancias que justificaron el temor de esa persona a ser perseguida, en virtud de las cuales fue reconocida en su día como refugiado y tampoco tiene otros motivos para temer ser «perseguida».

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 17 de marzo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 89/2009.

**Ponente:** Don Ángel Novoa Fernández.

**Voz:** Denegación del derecho de asilo. Nacional de Sudán. Persecución por motivos religiosos.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente, nacional de Sudán, que alega persecución en su país por motivos religiosos. Falta de acreditación de la nacionalidad por el recurrente. Contradicciones en el relato de los hechos, que están suficientemente alejados en el tiempo como para concluir que no constituyen persecución que justifique una necesidad actual de protección. No procede la autorización de residencia por razones humanitarias.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 24 de marzo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 492/2008.

**Ponente:** Don Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández.

**Voz:** Solicitud de asilo en España. Denegación. Saharaui. Motivos insuficientes.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. La policía marroquí no es la culpable del éxodo de saharauis hacia España, por lo que no se aprecian temores fundados de persecución, siendo su relato ambiguo y genérico. El hecho de participar en manifestaciones a favor del pueblo saharauí no constituye una circunstancia que pueda encuadrarse en la institución del asilo, sin que conste que sufriera persecución. Situación de penuria económica. Documentación: no acreditación de su identidad.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 31 de marzo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 723/2008.

**Ponente:** Don José Alberto Fernández Rodera.

## Expulsión

**Voz:** Derecho de asilo. Defecto procedimental. Ausencia de información de los derechos del solicitante: justicia gratuita.

**Resumen:** Se estima parcialmente el recurso interpuesto por el recurrente, originario del Sahara Occidental que alega persecución en su país. Nulidad de la resolución recurrida por falta de información al solicitante de asilo acerca de su derecho a la asistencia jurídica gratuita. Incumplimiento de los deberes exigidos a la Administración demandada. Indefensión. Retroacción del procedimiento administrativo a un momento anterior a la resolución anulada.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 10 de abril de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 470/2009.

**Ponente:** Don Eduardo Ortega Martín.

**Voz:** Asilo: denegación. Nacional bielorruso. Competencia de Alemania.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. Solicitante de origen bielorruso que alega persecución policial por motivos políticos. Responsabilidad en la tramitación de la solicitud de asilo. Competencia de Alemania. Concesión anterior de visado alemán. Formulación de solicitud española para la asunción de responsabilidad por Alemania. No concurre el presupuesto de competencia española.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 12 de mayo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 62/2009.

**Ponente:** Don José María Gil Sáez.

**Voz:** Denegación de asilo nacionales de Argelia. Violencia de género.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente y su hija menor de edad. La solicitante alega haber sufrido malos tratos por su esposo y discriminaciones en la sociedad argelina, pero también que las autoridades del país dieron tratamiento legal adecuado a dicha situación, a través de la sentencia de divorcio y la condena penal. Razones humanitarias: ausencia.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 12 de mayo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 275/2009.

**Ponente:** Don Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández.

**Voz:** Denegación de asilo. Nicaragua: Motivos relacionados con la orientación sexual.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Los hechos alegados constituyentes de una discriminación del recurrente por ser gay en Nicaragua no constituyen un motivo de persecución reconocidos en la figura del asilo. Tampoco se logra documentar que las agresiones o vejaciones que dice haber padecido hayan sido consentidas o toleradas por las autoridades nicaragüenses.

## EXPULSIÓN

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**Fecha:** 2 de diciembre de 2009.

**Recurso de Apelación:** 122/2009.

**Ponente:** Don Fernando Seoane Pesqueira.

**Voz:** Expulsión. Autorización de residencia: inexistencia. Ausencia de arraigo.

**Resumen:** Expulsión: no constancia de sello de entrada en el pasaporte del recurrente. Arraigo: ausencia. No tiene medios de vida en nuestro país. Principio de proporcionalidad de la sanción: no vulneración.

«En el caso presente consta que el recurrente ingresó en territorio Schengen el 27 de agosto de 2007 por la frontera aeroportuaria de Oporto (Portugal), deduciéndose lógicamente que ese paso por territorio portugués lo hizo como transeúnte aéreo, por lo que no estableció ningún vínculo de extranjería entre el señor Pedro Enrique y el Estado portugués, o al menos no se acredita, por lo que la procedencia de dicho demandante era de Brasil y era obligatoria la mencionada entrada en España por los puestos habilitados al efecto, así como la declaración de entrada ante las autoridades policiales españolas,

## Expulsión

que igualmente se incumplió. En consecuencia, omitió la declaración de su presencia en España y, en consecuencia, no puede beneficiarse de aquella situación de estancia. Pero aunque pudiera hacerlo, el examen conjunto de los artículos 29 y 30 del RD 2393/2004 revela que no era posible una prórroga del visado de estancia más allá de los noventa días, por lo que, al haber rebasado ese plazo cuando fue detenido, se encontraba en la situación irregular (...), al no haber obtenido la prórroga de estancia o autorización de residencia.

El juzgador de primera instancia parte asimismo del error de partir de que se habían iniciado por el demandante los trámites para solicitar la autorización de residencia y trabajo. Sin embargo, el impreso que el actor acompañó en el expediente a su escrito de alegaciones carece de sello de entrada y no figura acreditación alguna sobre su presentación, a lo que se añade que la consulta informática Adexttra por parte del instructor del expediente puso de manifiesto que no existía ningún expediente administrativo pendiente en relación con el señor Pedro Enrique. Es cierto que sí tiene dicho sello de entrada de la oficina de empleo en Vigo la oferta de empleo de 5 de noviembre de 2007, que igualmente se aportó con dicho escrito de alegaciones, pero, tal como alega el Abogado del Estado, ello solamente evidencia la existencia de gestiones previas informales con vistas a la tramitación ulterior de un expediente de autorización de trabajo que posteriormente no se concretó en una solicitud ante la Administración, por lo que carece de relevancia a los efectos de regularización de la situación del actor.

De todo lo anteriormente argumentado se desprende que es conforme a Derecho la resolución administrativa cuando tipifica la infracción cometida por el recurrente por la vía del artículo 53.a) de la LO 4/2000.

También se considera proporcionada la sanción de expulsión puesto que a la permanencia ilegal se

une en el caso presente el dato de no presentar ninguna documentación que demuestre tener algún tipo de arraigo que pueda dar lugar a una posterior autorización de residencia legal, pues ni siquiera ha probado la existencia de unas hermanas con residencia legal en España, a que se refería en su primer escrito de alegaciones, a lo que se agregan las circunstancias, antes expuestas, de haber entrado en España por lugar no habilitado, no disponer de sello de entrada en el pasaporte y no tener medios conocidos de vida en nuestro país, los cuales han sido datos que ha tenido en cuenta la doctrina jurisprudencial (sentencias de 9 y 22 de diciembre de 2005, 27 de enero, 30 de junio y 31 de octubre de 2006, 27 de abril y 24 de mayo y 23 de noviembre de 2007, y 31 de enero de 2008) para reputar justificada la sanción de expulsión. En este sentido, las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre y 26 de diciembre de 2007 han declarado suficiente para reputar acreditada la proporcionalidad que «cuando se le detuvo y se le expulsó (al extranjero) carecía de cualquier documentación habilitante para su válida permanencia en España y no estaba pendiente de resolución ningún expediente para la concesión o renovación de un permiso de residencia en su favor». En la de 26 de diciembre de 2007 el Tribunal Supremo declaró que «la permanencia ilegal y la ausencia de documentos de identificación son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa» y respalda la argumentación de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que desestima el recurso contra una sanción de expulsión razonando que no se ha demostrado «ninguna actividad del recurrente conducente a regularización documental de ningún tipo»».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**Fecha:** 14 de enero de 2010.

## Expulsión

**Recurso de Apelación:** 276/2009.

**Ponente:** Don Francisco Javier Pardo Muñoz.

**Voz:** Extranjera en situación irregular: expulsión y prohibición de entrada durante tres años.

**Resumen:** Nacional de Venezuela en situación irregular que carece de documentación que ampare su estancia en nuestro territorio. Expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España por un período de tres años. Falta de regularización y carencia de todo tipo de arraigo y de medios de vida. Motivación suficiente para justificar la sanción de expulsión y no la multa.

«La sentencia objeto de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Edurne, nacional de Venezuela, contra la Resolución de la Subdelegación de Gobierno de Salamanca de 10 de octubre de 2007, por la que se acordaba la expulsión de la parte recurrente del territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo por un período de tres años, declarando que la resolución impugnada era conforme a Derecho, por entender, en esencia, que la parte recurrente se encuentra irregularmente en España pues carece de documentación alguna que ampare su estancia regular en nuestro territorio, al que había entrado por el aeropuerto Madrid-Barajas en fecha 27 de enero de 2005, existiendo un exceso de permanencia en nuestro país, sin que conste haber intentado regularizar su situación, hecho típico previsto en el artículo 53.a) LOEx, lo que obliga a la Administración a tramitar el procedimiento preferente, sin que tampoco se concrete qué trámites en su caso se han inobservado; y que en cuanto a la denunciada falta de motivación y proporcionalidad, consta en la resolución que la sanción fue impuesta teniendo en cuenta las circunstancias personales del interesado, tales como que se trata de una persona que no acredita estar empadronada en algún domicilio en España, que no ha intentado regularizar su situación desde que entró en España, así como la falta de medios económicos y de arraigo familiar, laboral o social, circunstancias que se consideran suficientes para estimar proporcionada la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la san-

ción económica pues de sancionarle con una multa supondría perpetuar la ilegalidad de su estancia en este territorio, pudiendo verse abocado a un nuevo expediente de expulsión.

Doña Edurne alega en apelación el error padecido por la sentencia de instancia por inaplicación del artículo 28.3.c) de la Ley de Extranjería y 45 de su Reglamento ya que, no habiendo residido ni residiendo en España, encontrándose de paso para intentar regularizar su situación, previamente a la imposición de cualquier sanción hubiera sido procedente que la Administración dictase una salida obligatoria del país, concediendo un plazo al efecto al extranjero para evitar incurrir en cualquier tipo de responsabilidad; y que falta proporcionalidad en la sanción impuesta desde la óptica de los criterios a considerar ex artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a los que en ningún momento se refiere la resolución impugnada, siendo más acorde al principio de proporcionalidad la imposición de una sanción económica de multa.

(...) en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España de la parte actora se une la circunstancia constatada en el expediente y subrayada en la sentencia de instancia de que no sólo se encontraba irregularmente en España y no ha intentado su regularización, sino que carece de todo tipo de arraigo y de medios de vida, esto es, de intereses sociales, económicos, familiares (no tiene familiares en España) y laborales, debiendo significarse que el arraigo de tipo familiar, social o económico, y la tenencia o no de medios adecuados de vida, que habrán de ser suficientes, regulares y permanentes, o al menos no esporádicos, y que deberán cubrir el sustento del extranjero y, en su caso, de las personas a su cargo, deben ser probados por el extranjero, lo que aquí no ha ocurrido, recordándose que en la actualidad el concepto jurídico indeterminado de arraigo puede complementarse con el contenido en el artículo 45.2 del Real Decreto

## Expulsión

2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre arraigo laboral –relación laboral no inferior a un año–, familiar –vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiéndose como tales los referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa– o social –informe de inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual, y en el que se haga constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, los medios de vida con los que cuente, su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen, la inserción en las redes sociales de su entorno, los programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas o privadas en los que haya participado y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo–, sin que sea suficiente a los efectos de apreciar el arraigo el mero empadronamiento, en su caso, en un municipio del territorio español (STS de 27 de mayo de 2008).

En fin, la permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo y en la resolución impugnada son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que expulsó a la parte actora del territorio nacional».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

**Fecha:** 22 de marzo de 2010.

**Recurso de Apelación:** 896/2009.

**Ponente:** Don Francisco Javier Zarataín Valdemoro.

**Voz:** Expulsión: nacional burundés. Ausencia de arraigo.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se decretó la ex-

pulsión del actor del territorio español (con prohibición de entrada durante un período de diez años) y contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en León por la que se inadmite la solicitud de autorización de residencia de familiar de residente comunitario.

«Pretende D. Ildefonso la revocación de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Valladolid de 17 de julio de 2009, que puso fin, en instancia, al recurso contencioso-administrativo núm. 468/08 seguido por los trámites del procedimiento abreviado. La mencionada sentencia confirmaba la resolución de la Subdelegación del Gobierno en León de 18 de noviembre de 2008 que desestima la solicitud de revocación de la resolución de 13 de septiembre de 2007 que acordaba la expulsión del actor del territorio español (con prohibición de entrada durante un período de diez años) y la resolución de la Subdelegación del Gobierno en León de 18 de noviembre de 2008 que inadmite la solicitud de autorización de residencia de familiar de residente comunitario.

Entiende que la sentencia de instancia 1) no ha valorado el matrimonio del actor ni la grave enfermedad crónica que padece (diagnosticada una vez iniciado el procedimiento judicial), 2) se escuda en un argumento procedimental y 3) ha valorado incorrectamente la prueba practicada.

(...)

Sobre si la resolución de la Subdelegación del Gobierno en León de 18 de noviembre de 2008 que desestima la solicitud de revocación de la resolución de 13 de septiembre de 2007 que acordaba la expulsión del actor del territorio español (con prohibición de entrada durante un período de diez años) es conforme a derecho.

La enfermedad del actor, diagnosticada en abril de 2009 y de la que no se saben detalles (si es grave o no, si es tratable en su país de origen, si es crónica, si precisa de tratamiento continuo y paliativo),

## Expulsión

sólo que padece una hepatitis B, y que se le indicó una colonoscopia (prueba diagnóstica) no afecta a la regularidad de una orden de expulsión dada dos años antes.

Tampoco el matrimonio del actor, pues desde tiempo se ha defendido, en estos casos y con carácter general su irrelevancia (v. STS de 17 julio 2000) “Esta Sala viene dando protección jurisdiccional a las uniones de hecho entre nacional y extranjero para sustentar la existencia de arraigo personal en España del extranjero convivente, equiparando a estos efectos las uniones matrimoniales a las convivencias de hecho. Más siendo ello así, también lo es que para que tales uniones, o convivencias de hecho, puedan gozar de tal protección es necesario que existan con anterioridad a la iniciación del expediente administrativo de expulsión y persistan en el tiempo, constituyendo uniones estables, pues sólo así puede entenderse la equiparación entre aquéllas y éstas, llegando, incluso a denegar el permiso de residencia por reagrupación familiar cuando consta que los esposos viven separados y existe de por medio una demanda de divorcio (*vid.* Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1998, entre otras)...”.

Procede pues la desestimación del presente recurso de apelación».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**Fecha:** 31 de marzo de 2010.

**Recurso de Apelación:** 603/2009.

**Ponente:** Doña M.<sup>a</sup> Dolores Rivera Frade.

**Voz:** Expulsión del territorio nacional. Ciudadano brasileño: principio de proporcionalidad.

**Resumen:** El recurrente no tiene arraigo en nuestro país y se encuentra en estancia irregular en España. La existencia de una relación estable y la obtención en España de títulos, no sirve para neutralizar el dato negativo de una condena por un delito contra la salud pública. Principio de proporcionalidad: no vulneración.

«Por Don Marcelino se recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número tres de A Coruña en los autos de procedimiento abreviado número 135/09, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquel recurrente, de nacionalidad brasileña, contra la resolución dictada en fecha 12 de febrero de 2009 por el Subdelegado del Gobierno en A Coruña, en la que se acordaba expulsarle del territorio nacional por un período de diez años con prohibición de entrada en España, indicándole que dicha prohibición se extiende a todos los países del Convenio de Aplicación del acuerdo Schengen.

(...).

Ahora bien, no es esto lo que sucede en el supuesto estudiado en la sentencia de instancia, en el que si se comprueban las circunstancias específicas que concurren en el apelante, resulta que si bien en el archivo informático de la D.G.P. «Adexttra» (Extranjeros) le constan tres trámites, siendo el último de ellos un trámite de normalización el día 5 de mayo de 2005, cierto es también que desde entonces hasta que ingresó en prisión el día 24 de mayo de 2006 (situación de privación de libertad en la que se encuentra actualmente), no consta que hubiese realizado gestión alguna para legalizar su situación en España. Y como ya se ha pronunciado esta Sala en las sentencias que cita el juzgador *a quo* en la suya, esa conducta inactiva revela un dato negativo suficiente que se añade a la mera permanencia ilegal y justifica la imposición de la sanción de expulsión.

Pero es que además en la sentencia de instancia se entra a valorar, y en sentido negativo, las circunstancias que invoca el actor como justificativas de su arraigo en España. Alegaba en la instancia (tanto en la vía administrativa como en el escrito de demanda que dio origen al procedimiento judicial) que mantiene una relación estable y consolidada con una ciudadana española, doña Dolores y que además fruto de esa relación estaba esperando un hijo español. En el escrito de alegaciones presentado

## Expulsión

en vía administrativa en el mes de octubre de 2008 frente al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, al identificar a la persona con la que decía mantener esa relación estable, la identificaba como «doña Dolores»; y en cuanto a la circunstancia del nacimiento del hijo que esperaban, fruto de esa relación, decía que esperaba su nacimiento “en breve tiempo”. Sin embargo y aunque la manifestación de la relación estable ha sido confirmada por quien dijo ser su pareja, Dolores, la declaración de esta testigo carece de la credibilidad suficiente que permita dar por cierta tal circunstancia, cuando existen otros medios objetivos que ofrecen mayor credibilidad para demostrarla. No deja de extrañar de quien afirma tener una relación “estable y consolidada” con otra persona, desconozca su primer apellido, y que una de las circunstancias que afirmaba ser fruto de esa relación (esperar un hijo) haya resultado desmentida por aquella testigo. Por último, respecto de las “innumerables labores formativas” en las que el actor dice haber participado en este país, “habiendo obtenido títulos de socorrista, patrón de yate, diseño gráfico (...)” están huérfanas de todo tipo de prueba.

En cualquier caso, la existencia de una relación estable en este país y la obtención en él de los títulos antes señalados, no serviría para neutralizar el dato negativo de una condena de tres años y tres meses por un delito contra la salud pública que el Sr. Marcelino está cumpliendo en el centro penitenciario de Teixeira en virtud de una ejecutoria que se sigue en el Juzgado de lo penal número 2 de Málaga; dato que unido a la carencia de cualquier tipo de documentación que le permita su estancia legal en España, conduce a declarar la conformidad a derecho del acuerdo de expulsión impugnado, y por tanto a la desestimación del recurso de apelación presentado por el recurrente contra la sentencia de instancia.

(...).

Y como quiera que el recurrente se encuentra privado de libertad, cumpliendo condena en el centro

penitenciario de Teixeira por un delito contra la salud pública, este hecho constituye por sí solo causa suficiente de expulsión del territorio español, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, antes transcrito.

Tampoco debe aceptarse la petición del apelante encaminada a que el período de expulsión del territorio español quede reducido a tres años, pues es el artículo 57.7, último párrafo, de la Ley Orgánica 8/2000 el que se remite al artículo 89 del Código Penal en el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme; disponiendo el artículo 89.2 del Código Penal que el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**Fecha:** 14 de abril de 2010.

**Recurso de Apelación:** 327/2009.

**Ponente:** Don Fernando Seoane Pesqueira.

**Voz:** Expulsión del territorio nacional: delito contra la salud pública.

**Resumen:** No basta que el recurrente esté profundamente arrepentido del delito por el que ha sido condenado, y exponga que tiene un arraigo social y familiar. Medidas cautelares: denegación. Interés público: control de los flujos migratorios.

«Se alza el ciudadano colombiano don Feliciano frente al auto de 12 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de A Coruña, desestimatorio de la petición de suspensión de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en A Coruña de 18 de noviembre de 2008 por la que se acordó la expulsión del territorio nacional por la comisión de un delito contra la salud pública a una pena de prisión de tres años (...), ba-

## Derecho al trabajo

sando la apelación en que se encuentra en situación legal en España al ser titular de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena en vigor, estando profundamente arrepentido del delito de que ha sido condenado, a lo que añade que lleva numerosos años en España, siempre trabajando honradamente para ayudar a su familia, que también se encuentra en España, considerando que no es acorde a Derecho que se castigue dos veces por el mismo hecho, que ha aportado un contrato por el que comenzaría a trabajar inmediatamente, que tiene hermana, tía, primas y numerosas amistades en nuestro país, así como su mujer Carmen, con la que convive desde hace años aunque no se encuentren casados, de todo lo cual deduce un importante arraigo social y familiar.

(...).

La alegación del actor de que es titular de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena en vigor se desvanece si se tiene en cuenta que el artículo 57.4 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado, por lo que, una vez que se ha dictado la resolución de expulsión cuya suspensión se postula, no cabría fundarse en aquella autorización.

(...).

Precisamente, en la ponderación de bienes en conflicto, en el caso presente ha de concederse preferencia al interés público representado por aquel control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado sobre el interés particular del actor en permanecer en nuestro país, siendo así que difícilmente se lograría aquella convivencia armónica si se suspendiera cautelarmente la ejecución de la expulsión respecto a quien ha violado las normas que regulan aquella convivencia social con la comisión de un delito grave. Por tanto, el otorgamiento

de la medida cautelar conllevaría una perturbación grave de aquel interés público que el apartado 2 del artículo 130 de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa reputa singularmente relevante. Todo ello al margen de que con la documentación que se ha aportado no se acredita aquella vinculación social y familiar relevante que pueda entrañar arraigo a los efectos de acceder a la medida cautelar postulada, por lo que tampoco se deduce que la expulsión produzca como consecuencia la ruptura de esos vínculos que se invocan para fundar la alegación de perjuicios irreparables.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación».

## DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA  
Profesora TU de Derecho del Trabajo  
Universidad Rey Juan Carlos

**Tribunal:** Tribunal Supremo.

**Fecha:** 21 de enero de 2010.

**Recurso:** Recurso de casación para la unificación de doctrina 106/2009.

**Ponente:** D. Gonzalo Moliner Tamborero.

**Voz:** Extranjero con identidad falsa. Nulidad del contrato de trabajo. Prestaciones por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo: no proceden.

**Resumen:** «TERCERO.

1.- La cuestión a resolver en el presente procedimiento se concreta en determinar si un trabaja-

## Derecho al trabajo

dor extranjero que sufrió un accidente de trabajo mientras se hallaba prestando servicios para una empresa que le había dado de alta y contratado en el convencimiento de que tenía una concreta personalidad, puede tener derecho a las prestaciones derivadas del mismo cuando se acredita que dicho trabajador había suplantado la personalidad de otro, y resultó carecer de la autorización para residir que sí tenía el suplantado siendo esta circunstancia la que permitió dicha contratación y su alta en Seguridad Social por parte del empresario.

2.- El recurrente cita como precepto infringido por la sentencia de instancia el artículo 42 del Real Decreto 84/1996 en la redacción dada por el Real Decreto 1041/2005, en el cual, después de establecer en su apartado 1 que sólo los extranjeros con residencia legal en España se equiparán a los españoles a los efectos de su afiliación y alta en la Seguridad Social, establece en su apartado 2 como excepción que «con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio núm. 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y el alta en régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales», añadiendo que “ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida”.

A partir de dicha redacción pretende llegar a la conclusión, de que la situación planteada en este caso concreto ha de ser resuelta de conformidad con la situación genérica del trabajador extranjero contratado por un empresario conocedor de que el mismo carecía de la autorización para residir, que en términos generales ha sido equiparada por nuestra jurisprudencia al trabajador español a efectos de

la protección por las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, como puede deducirse de las sentencias dictadas por esta Sala en 9-6-2003 (rec. 4217/02) y 7-10-2003 (rec. 2153/2002).

3.- Pero el recurrente no tiene en cuenta que en las dos sentencias previamente citadas se partió de una situación fáctica concreta cual fue la de un trabajador extranjero sin autorización para residir, contratado por un empresario que había incumplido con la obligación de solicitar la autorización correspondiente exigida por el artículo 36 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), con el resultado de haberse celebrado un contrato de trabajo con infracción de una norma prohibitiva al que, sin embargo, el propio artículo 36.3 de la Ley citada le reconocía unos efectos limitados y ciertamente difíciles de establecer.

Ahora bien, en el caso que aquí se enjuicia nos encontramos ante una situación distinta de la contemplada en aquellas sentencias que es la que ha dado lugar a la discrepancia, pues mientras en aquellos dos supuestos anteriores el contrato celebrado lo había sido a ciencia y conciencia de los intervinientes aunque con infracción de la exigencia legal contenida en el artículo 36.3 LOEX de que para contratar a un extranjero es necesaria la obtención de la previa autorización para trabajar, en los supuestos contemplados por las dos sentencias aquí en entredicho el empresario que contrató al demandante no puede afirmarse que prestara su consentimiento válido en dicha contratación puesto que en ambos casos se parte de la base de que uno y otro empleador firmaron los respectivos contratos en la convicción de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, cuando realmente estaba dando su consentimiento a otro contrato distinto con un error no sólo calificable de sustancial, sino producido dolosamente por un trabajador que suplantaba realmente a otro con falsedad documental concurrente. En este caso, a diferencia de los que sustentaron aquellas senten-

## Derecho al trabajo

cias anteriores de la Sala, se puede afirmar en definitiva que no hubo contrato por cuanto faltó uno de los requisitos esenciales del mismo conforme a lo dispuesto en el art. 1261 del Código Civil, y, como en el mismo se dice, en estos casos “no hay contrato”, puesto que aquel error provocado dolosamente, al recaer sobre un elemento sustancial cual era no tanto la concreta persona del trabajador sino sobre su propia identidad, origen y situación jurídica en relación con las exigencias de la LOEX nos sitúa ante un error sustancial que invalida aquel consentimiento conforme a lo dispuesto al efecto por el artículo 1266 del mismo CC. Y esta diferencia sustancial es la que impide mantener las tesis defendidas por el recurrente puesto que el punto de partida no es el de un contrato celebrado contra las exigencias de la LOEX con los efectos derivados de las previsiones contenidas en esta Ley, sino ante un contrato inexistente o nulo en aplicación de las previsiones básicas de todo nuestro sistema de contratación.

4.- En efecto, al hallarnos en presencia de un contrato inexistente (o en su caso nulo) todo el régimen de protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral deviene inaplicable si tenemos en cuenta que desde nuestra primera Ley protectora de los accidentes de trabajo de 1900 hasta el momento actual todo el andamiaje protector de aquél se halla sustentado sobre la existencia de un previo contrato de trabajo del que resulte responsable un empleador, pues aun cuando la Seguridad Social se haga cargo en los supuestos normales del todo o de parte de los daños sufridos como consecuencia del accidente, lo hace en sustitución de dicho empleador como actualmente viene establecido en los artículos 123 y ss. de la LGSS; y el que esto es así lo demuestra el hecho de que, a pesar del régimen de automaticidad y anticipo de prestaciones por las que el modelo se rige, al final el responsable último por subrogación es el empresario cuando resulta ser el incumplidor de sus obligaciones previas en esta materia como se dispone claramente en el artículo 126.3 de la indicada LGSS, lo que se aprecia mucho más clara-

mente cuando los daños y perjuicios sufridos por el accidente exceden de los cubiertos por el sistema en cuyo caso es el empleador el que responde directamente y en exclusiva del “plus” que pudiera serle reclamado –artículos 123.3 y 127 LGSS en relación con el artículo 1101 CC y reiterada doctrina de esta Sala y de la Sala 1.<sup>ª</sup> de este Tribunal-. De forma que en nuestro modelo de protección, que no alcanza a ser un sistema socializado de cobertura de prestaciones, la existencia previa de una vinculación contractual de esta naturaleza sigue siendo requisito *sine qua non* para la obtención de la protección, pues es, así mismo, uno de los requisitos exigidos por el artículo 7.1 de la LGSS para que un trabajador por cuenta ajena pueda estimarse comprendido en el campo de aplicación de nuestro Sistema de Seguridad Social.

## CUARTO

1.- Con independencia de los argumentos anteriores, pero íntimamente relacionados con ellos, si nos atenemos a lo que se dispone en el artículo 36.3 párrafo segundo de la ley básica en esta materia de extranjería –la LOEX– se impone llegar a la misma conclusión en tanto en cuanto, no sólo la protección establecida para un accidente laboral sino cualquier tipo de responsabilidad empresarial –y la correspondiente a los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo debe estimarse incluida dentro del ámbito regulador de dicho precepto– se halla condicionada a “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario”, y por ello regirá sólo para los supuestos en los que aquella autorización que habilita al trabajador para residir en nuestro país por el tiempo de trabajo no la ha solicitado y obtenido el empresario antes de contratar a un trabajador como el legislador le ha encomendado hacer cual puede apreciarse en los arts. 36.3 LOEX puesto que es al empresario y no al trabajador al que se le exige solicitar aquella autorización. Ahora bien, en un supuesto como el presente en el que el empleador no pudo pedir esa autorización para el trabajador accidentado sino

## Derecho al trabajo

que la pidió para otro debido a la propia actuación dolosa del propio trabajador, no podrá afirmarse que la carencia de la autorización era imputable al empleador, y por ello no podrá sostenerse tampoco por esta vía ninguna responsabilidad a él imputable con las derivaciones que todo tipo que de ello devienen, incluidas las de seguridad social en el decir textual del precepto citado. (...)

### QUINTO

A partir de la inexistencia y consiguiente nulidad el contrato celebrado en el presente caso entre el trabajador extranjero y su empresaria, los únicos efectos del mismo serán los que deriven de la aplicación del artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores, los que reconoce a todo trabajador extranjero el artículo 14.3 de la propia LOEX, o los que puedan derivar de responsabilidad extracontractual –de tráfico en el caso de autos por tratarse de un accidente de trabajo *in itinere* o del propio empresario en los casos en los que pueda apreciarse culpa extracontractual derivada de culpa o negligencia que no es el caso–; no pudiendo afirmarse que la normativa de Seguridad Social permita extender su protección a quienes se hallasen en la situación de ilegalidad del demandante».

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Aurelio Desdentado Bonete A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 106/2009. (...)

### «TERCERA

Llegados a este punto, hay que establecer una aclaración en orden al alcance de la doctrina sobre la exclusión de la nulidad del contrato de trabajo del trabajador sin autorizaciones de residencia y/o de trabajo. En la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 –seguida por las de 29 de septiembre de 2003 y 7 de octubre de 2003– se afirma que “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es en la actual legislación un contrato nulo”, citando a estos

efectos el primer inciso artículo 36.3.2.º LOEx. Pero, de acuerdo con el artículo 6.3 del Código Civil, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que se establezca un efecto distinto para la contravención. El artículo 36.3.2.º LOEx no establece un efecto distinto a la nulidad. Se limita a prever que “la carencia de la autorización... no invalida el contrato”, pero esa exclusión de la invalidez afecta sólo a “los derechos del trabajador extranjero” y a la obtención de “las prestaciones que pudieran corresponderle” por la vía de la responsabilidad empresarial en los términos ya indicados.

Con estas limitaciones, el contrato del extranjero irregular es nulo y no debe continuar ejecutándose. En realidad, la finalidad de la norma consiste en garantizar que, prestado ya de hecho el trabajo y habiéndose apropiado el empresario de los frutos del mismo, no debe quedar el trabajador extranjero privado de los derechos que le corresponden en función del trabajo prestado, aunque éste sea irregular y ello en atención a que ya no es posible el efecto de restitución que ordena el artículo 1303 del CC. Es una garantía similar a la que establece el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pero de mayor alcance, pues no se limita al salario, sino que puede alcanzar a las indemnizaciones y, en determinadas condiciones, a las prestaciones de Seguridad Social. Es una recuperación de validez, pero sólo parcial con respecto a los efectos ya consumados; no es una garantía “pro futuro” de mantenimiento del contrato irregular, porque entonces la prohibición se negaría a sí misma, pues admitiría que se puede continuar desarrollando el trabajo sin autorización, aunque se trate de una actividad prohibida y sancionada, incluso con la expulsión [artículos 53.a) y b) y 54.1.d) y e) y 57 LOEx]. En este sentido, es preciso recordar que, aunque la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 2 de diciembre de 1998 (recurso 9978/1992), en la que se funda nuestra sentencia de 9 de junio de 2003, admitió la obligación de cotizar por el extranjero sin autorización, lo hizo sin aceptar la existencia de una relación

## Derecho al trabajo

laboral válida, aunque ampliando a las cuotas de la Seguridad Social la solución del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores. Esta solución, incluso con las limitaciones indicadas, no ha sido autorizada por la regulación posterior, como puede verse en el artículo 48 de la Ley 62/2003, que establece con el carácter de sanción un incremento de la multa que procede por el empleo de un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo; ese incremento es el importe de lo que hubiera procedido ingresar por las cuotas de Seguridad Social. No se trata, por tanto, de la reconstrucción de una relación de cotización, sino de una sanción especial con la finalidad de eliminar el enriquecimiento del empresario a través de la contratación ilegal de extranjeros. (...)

## QUINTA

Pero, volviendo a la posición de los trabajadores extranjeros ante la Seguridad Social, hay que señalar que la doctrina de la Sala en las sentencias del año 2003 a las que se ha hecho referencia recoge otra situación: la que se produce en materia de contingencias profesionales, en las que se ha admitido la cobertura en virtud de la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros que se dice que deriva de lo dispuesto en el artículo 1.2 del Convenio número 19 de la OIT (sentencia de 7 de octubre de 2003) y del principio de reciprocidad (sentencia de 9 de junio de 2003). El artículo 1 del Convenio citado establece en su número 1 que todo Estado miembro que ratifique el Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes “el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de accidentes de trabajo”, añadiendo el número 2 que “esa igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y sus derechohabientes condición de residencia”. Ahora bien, ya se ha señalado que Guinea Conakry no ha ratificado el Convenio, por lo que el actor no estaría incluido en la protección que pudiera derivar del mismo. Por otra parte, esa protección no se extiende a los extranjeros que trabajan

ilegalmente sin las autorizaciones necesarias. El trato igual, como confirma el artículo 6 del Convenio 97 de la OIT, se refiere a los inmigrantes que “se encuentren legalmente” en el territorio del correspondiente país, pues la igualdad de trato no puede exigirse en la ilegalidad y en contra de las políticas estatales de inmigración. En este sentido es claro que la ampliación del trato igual a los trabajadores extranjeros sin autorizaciones de residencia y/o trabajo no puede derivarse del número 2 del artículo 1 del Convenio 19 cuando se refiere a que el trato igual será otorgado “sin condición de residencia”, porque, como ha señalado la doctrina científica, esa referencia no tiene por finalidad extender la igualdad de trato a la inmigración ilegal, sino garantizar que las pensiones e indemnizaciones se abonen en el país extranjero cuando allí ha retornado el trabajador accidentado o viven sus familiares, como fácilmente se comprueba del examen del siguiente inciso del precepto, que remite a acuerdos especiales sobre los pagos que han de realizarse fuera del territorio, y de la Recomendación 25.

En realidad, no puede existir igualdad de trato entre el extranjero ilegal y el nacional, porque no hay identidad de partida en sus situaciones. No están en la misma situación porque uno está en situación de ilegalidad y el otro no. La igualdad de trato sí tiene sentido con respecto al extranjero legal. (...)

## SEXTA

Tampoco puede derivarse la protección por la Seguridad Social del extranjero sin residencia legal en España del principio de reciprocidad y en este sentido es necesario revisar la doctrina de la sentencia de 9 de junio de 2003, que se pronunció sobre un trabajador ecuatoriano, sin permiso de residencia y trabajo. Ecuador no había suscrito el Convenio 19 OIT, pero la sentencia le reconoció las prestaciones sanitarias y económicas por accidente de trabajo, razonando en función del principio de reciprocidad. La reciprocidad se fundaba en el artículo 1.4.b) de la Orden de 28.12.1966 y en el artículo

## Derecho al trabajo

2 del Convenio Hispano-ecuatoriano de Seguridad Social. El primero establece que “la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional” y el artículo 2 del Convenio dispone en su artículo 2 “que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países”.

Ninguna de las normas citadas permite, a mi juicio, establecer la conclusión que sostiene la sentencia de referencia. En primer lugar, el artículo 1.4.b) de la Orden de 28.12.1966 carecería de rango para establecer una regulación contraria al artículo 7.1 de la LGSS, que sólo incluye en la Seguridad Social a los extranjeros que residen legalmente en España. Por otra parte, leído de forma completa, el artículo 1.4.b) de la Orden de 28.12.1966 no establece ninguna presunción de reciprocidad para los extranjeros sin residencia en España, pues se refiere expresamente dicho apartado a “los súbditos de los restantes países que residan en territorio español”; expresión que, como ha señalado la sentencia de 18 de marzo de 2008, interpretando el artículo 14.1 LOEx ha de entenderse como residencia legal.

En segundo lugar, entre Guinea Conakry y España no se ha firmado ningún convenio bilateral de Seguridad Social. (...)

### SÉPTIMA

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que la regulación contenida en el número 2 del artículo 42 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 84/1996 –en la redacción del Real Decreto 1041/2005– es contraria a normas con rango legal como son los artículos 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social, 14 y 36 de la LOEx, por lo que no puede ser aplicada (artículos 51 de la LRJAPC y 23 de

la Ley 50/1997, del Gobierno, en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

De ello se deriva, con rectificación de la doctrina anterior, que en las contingencias profesionales rige también el régimen común que hemos expuesto con anterioridad: 1.º) los trabajadores con autorizaciones de residencia y de trabajo están equiparados plenamente a los nacionales; 2.º) los trabajadores con autorización de residencia, pero sin permiso de trabajo, tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en régimen de responsabilidad empresarial, pero con anticipo por las gestoras y 3.º) los trabajadores sin autorización de residencia sólo pueden acceder a las prestaciones por la vía indemnizatoria derivada de la responsabilidad del empresario en los términos que se han indicado en el fundamento segundo.

Si aplicamos estos criterios al caso enjuiciado, hay que concluir que: 1.º) la simulación de la identidad ha determinado no sólo la nulidad del contrato de trabajo, sino la nulidad del alta del actor en la Seguridad Social; 2.º) no estaba ni podía estar legalmente en alta y, por tanto, no podía causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social por accidente de trabajo, 3.º) no puede aplicarse la asimilación al alta del artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996, porque es contraria a la ley y 4.º) no existe tampoco responsabilidad indemnizatoria del empresario, porque la simulación de la identidad determina que no le sea imputable a éste ni el encuadramiento irregular del actor en la Seguridad Social, ni el incumplimiento de las normas sobre empleo de extranjeros».

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. Sra. doña María Luisa Segoviano Astaburuaga EN LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 106/2009, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. José Luis Gilolmo López, D. Jordi Agustí Julia, Dña. Rosa María Viroles Piñol y Dña. María Lourdes Arastey Sahun.

## Derecho al trabajo

«PRIMERO.– Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

Con carácter general, la discrepancia se fundamenta en que la solución adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección en el ámbito de la Seguridad Social pública en un tema tan sensible como es el de los accidentes de trabajo.

La nulidad del contrato de trabajo por ocultamiento de los datos reales de su personalidad por parte del trabajador extranjero, –sin perjuicio de sus responsabilidades penales o de otro orden, en su caso–, no puede llevar a la conclusión de que desaparezca el principio de automaticidad de prestaciones en el supuesto de accidentes de trabajo, regla básica de nuestra legislación protectora, que sólo podría obviarse si el trabajador accidentado fuera el único responsable del accidente o lo hubiere causado con la finalidad de generar las derivadas prestaciones. [...]

TERCERO.– (...) el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece: “Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que en ambos supuestos ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) trabajadores por cuenta ajena..” Por su parte el apartado 5 del precepto dispone: “Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparán a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados a tal efecto, o cuanto les fuera

aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”.

El examen del citado precepto revela que la LGSS únicamente considera incluido dentro de su campo de aplicación a los extranjeros que tengan la condición de residentes en España. En el mismo sentido el artículo 14.1 de la LOEX expone: “Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”.

La claridad de tales preceptos se ve perturbada por la confusa redacción del artículo 36.3 de la LOEX que parece contemplar una excepción, frente a la anterior regla general de la imposibilidad de reconocer prestaciones de Seguridad Social al extranjero que trabaja sin autorización. (...)

El tenor literal del precepto proporciona una regla protectora respecto a las prestaciones de seguridad social del trabajador extranjero en situación irregular, con lo que dulcifica el rigor que presenta el artículo 7 de la LGSS y el 14.4 de la LOEX, permitiendo vislumbrar que, aunque se encuentre en situación irregular, el trabajador extranjero tiene derecho a determinadas prestaciones de la seguridad social. Si el legislador hubiera querido limitar las prestaciones a los servicios y prestaciones sociales básicas, como se ha apuntado por algún sector doctrinal, se hubiera remitido al artículo 14.3 de la LOEX –los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas– en lugar de consignar la amplia fórmula de “prestaciones que pudieran corresponderle”. (...)

CUARTO.– (...) 2. El hecho de que el contrato sea nulo por la concurrencia de un vicio del consentimiento, cual es el error de la empresaria respecto a la identidad del trabajador –sustancial en cuanto recae sobre su capacidad legal para celebrar válidamente un contrato de trabajo en España– no supone, empero, que el trabajador quede desprovisto de la

## Derecho al trabajo

protección dispensada por el sistema de Seguridad Social a las contingencias profesionales.

En efecto, la nulidad del contrato no acarrea tal consecuencia, pues no hay que olvidar que se ha producido una real prestación de trabajo, que ha desplegado determinados efectos, expresamente reconocidos por el legislador. (...)

3. No hay que olvidar, por otra parte, que la nulidad que predicamos del contrato por vicio del consentimiento, no es esencialmente distinta de la situación del extranjero, que carece de la correspondiente autorización, y presta servicios en España, pues lo que dispone el artículo 36.3 de la LOEX es que “la carencia de la correspondiente autorización (...) no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”, es decir, no mantiene la plena validez del contrato sino los derechos del trabajador y las prestaciones que pudieran corresponderle –retribución, cotización a la seguridad social y protección por contingencias profesionales–. En ambos supuestos ha habido una efectiva prestación de servicios de la que derivan determinadas obligaciones, unas comunes, como la prevista en el artículo 9.3 del Estatuto y otras propias de cada situación, a tenor del artículo 36.3 de la LOEX que examinaremos a continuación. (...)

A este respecto hay que señalar que el artículo 36.3 de la LOEX distingue dos planos perfectamente diferenciados, ante la carencia del trabajador extranjero de la pertinente autorización, por un lado “responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social”, por otro “las prestaciones que pudieran corresponderle”. Las responsabilidades, incluidas las de Seguridad Social, se refieren a los supuestos en que ha habido incumplimientos empresariales, por ejemplo falta de autorización para trabajar, conocida por el empresario, o infracción de normas en materia de prevención de riesgos laborales... que determinan que el empresa-

rio sea responsable de las prestaciones, que en su caso correspondan, del recargo de las mismas, de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera proceder...

La obtención de las prestaciones que puedan corresponder al trabajador extranjero sin autorización para trabajar, es independiente del incumplimiento empresarial, es decir, que el trabajador puede tener derecho a prestaciones de seguridad social, aunque no haya habido ningún incumplimiento del empresario y aunque éste ignorase que el trabajador carecía de la correspondiente autorización. El derecho al reconocimiento de prestaciones del trabajador extranjero en situación irregular no deriva del incumplimiento del empleador de la obligación de solicitar autorización administrativa previa para dicho trabajador, sino de la efectiva prestación de servicios y los efectos que ello comporta, tal como ha quedado anteriormente razonado.

El incumplimiento del empleador genera su responsabilidad en orden a las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador, en tanto que, por el contrario, la contratación de un trabajador extranjero sin autorización, desconociendo este extremo el empresario debido a la propia conducta del trabajador que le facilitó una falsa identidad, ninguna responsabilidad genera en el empresario, pero no incide en las prestaciones de seguridad social que pudieran corresponderle máxime si, como acontece en el presente caso, el accidente (*in itinere*) no tuvo su causa en ningún incumplimiento del empleador en materia de salud, prevención de riesgos o ausencia de medidas de seguridad, y todo ello sin perjuicio de la pertinente responsabilidad, de índole administrativa o penal, que pueda exigirse al trabajador».

\*\*\*

NOTA: En los hechos probados de la Sentencia de instancia de 18 de enero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén, se recoge que un

## Derecho al trabajo

ciudadano de Guinea Conakry, que carecía de autorizaciones de residencia y trabajo en España y que en el año 2005 había sido expulsado del territorio nacional con prohibición de entrada comenzó a trabajar a favor de una empresa como peón agrícola en la campaña de la aceituna, presentado para formalizar el alta en la Seguridad Social la documentación de otra persona, cuya identidad asumió a estos efectos. La empresa desconocía que la identidad fuese falsa, y realizó las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. El 28 de diciembre de 2004, el extranjero sufrió un accidente de tráfico al acudir al trabajo. Como consecuencia del accidente, y descubierta su verdadera identidad, se inician diligencias previas por supuesto delito de usurpación de estado civil. El 28 de junio de 2006, el extranjero solicita al INSS la declaración de Incapacidad Permanente, que le es denegada por no estar incluido en el campo de la Seguridad Social y encontrarse en situación irregular en España. Presentada demanda, fue estimada en instancia, donde se reconoció el derecho a una pensión de Incapacidad Permanente Total por accidente de trabajo, condenando a la Mutua de accidentes de trabajo a su abono. La sentencia fue recurrida, y el pronunciamiento revocado sobre la base de que el error sobre la persona del trabajador provocado por la suplantación de la identidad de otra persona que sí tenía las correspondientes autorizaciones para trabajo, determinaba la nulidad del contrato de trabajo, que a su vez implicaba la del encuadramiento en la Seguridad Social y excluía de la responsabilidad a la empresa y a la entidad que asumía la cobertura del accidente.

Hasta el momento, algunos Tribunales de Justicia venían conociendo de supuestos de suplantación de la personalidad por trabajador extranjero de quien sí cuenta con la pertinente autorización administrativa, alcanzando soluciones contradictorias. La STS de 21 de enero de 2010 unifica la doctrina señalando que la protección que otorga el artículo 36.3 LOEX (ahora artículo 36.5, tras la modificación operada por la LO 2/2009) no cabe extenderla en estos casos. El contrato de trabajo es nulo por la

inexistencia de un requisito esencial para su celebración como es el consentimiento (artículo 1265 CC). Considera que concurre un error sustancial –provocado dolosamente por el extranjero– en el consentimiento que lo invalida.

Tratándose de un contrato nulo, señala el Tribunal que los únicos efectos serán los que se derivan del artículo 9 ET, esto es, el derecho a la remuneración que le hubiese correspondido si el contrato hubiese sido válido, a fin de evitar el enriquecimiento injusto del empresario, así como los derechos que derivan del artículo 14.3 LOEX o lo que pudieran derivar de responsabilidad extracontractual (de tráfico, en el supuesto de hecho que resuelve la Sentencia objeto de comentario). En ningún caso puede admitirse, afirma el Tribunal Supremo, que la normativa de Seguridad Social permita extender su protección a quienes se hallen en la situación de ilegalidad del extranjero. Entiende que en este caso no puede afirmarse que la carencia de la autorización sea imputable al empleador, y por ello no podrá sostenerse tampoco por esta vía ninguna responsabilidad a él imputable con las derivaciones que todo tipo que de ello devienen, incluidas las de Seguridad Social.

La STS de 21 de enero de 2010 cuenta con dos votos particulares. El primero, formulado por el Magistrado Desdentado Bonete, quien comparte plenamente el fallo de la sentencia, pero no su fundamentación. Respecto a los derechos de Seguridad Social que tienen reconocidos los trabajadores extranjeros, a la vista de la regulación contenida en los artículos 36.3 (ahora, 36.5) y 14 LOEX y de la STS de 18 de marzo de 2008 (recurso 800/2007) distingue entre:

- 1) Extranjeros con autorización de residencia, tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Aquí pueden diferenciarse a su vez dos supuestos:
  - a) Extranjeros que cuentan con autorización de trabajo, que podrán formalizar su inclusión en la

## Derecho al trabajo

Seguridad Social a través de los correspondientes actos de encuadramiento.

b) Extranjeros que no cuenten con autorización de trabajo, aunque sí de residencia, que no podrán formalizar su encuadramiento en la Seguridad Social y, por tanto, su protección por ésta tendrá que operar en régimen de responsabilidad empresarial, pero con aplicación del anticipo derivado del principio de automaticidad, ya que se trata de prestaciones de la Seguridad Social.

2) Extranjeros sin autorización de residencia, que sólo tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (determinados servicios sociales y «aquellas prestaciones que las leyes declaren básicas a estos efectos») así como a las «prestaciones que pudieran corresponderle», *ex* artículo 36 LOEX.

La cuestión más relevante de este voto particular es que concluye que respecto a la protección de Seguridad Social derivada de contingencias profesionales, rige también el esquema expuesto con anterioridad, de forma tal que los trabajadores con autorización de residencia, pero no de trabajo, tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en régimen de responsabilidad empresarial, mientras que los trabajadores sin autorización de residencia, sólo pueden acceder a las prestaciones por vía indemnizatoria derivada de la responsabilidad del empresario.

Para alcanzar tal conclusión, el Magistrado se cuestiona acerca de que el Convenio núm. 19 de la OIT pretenda otorgar la cobertura dada respecto de las contingencias profesionales. Considera que la finalidad de esta norma internacional, según se deduce de su articulado y de la Recomendación núm. 25 que lo interpreta, es posibilitar la exportación de las pensiones e indemnizaciones cuando el propio accidentado retorna a su país de origen o, en caso de fallecimiento, sean sus familiares residentes en el extranjero los posibles beneficiarios de derechos derivados.

Tampoco, considera, puede derivarse la protección por la Seguridad Social del extranjero sin residencia legal en España del principio de reciprocidad, y en este sentido, considera que es necesario revisar la doctrina de la STS, unificación de doctrina, de 9 de junio de 2003, que aplicó tal principio para reconocer las prestaciones sanitarias y económicas por accidente de trabajo a un trabajador ecuatoriano que carecía de autorización de residencia y trabajo. Y ello sobre la base de que el artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y el artículo 2 del Convenio Hispano-Ecuatoriano de Seguridad Social establecen, respectivamente, que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional», y que los trabajadores españoles y ecuatorianos estarán «sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países». De esta forma, el artículo 1.4.b) de la citada Orden carece de rango para establecer una regulación contraria a la establecida en el artículo 7.1 LGSS, que sólo incluye en la Seguridad Social a los extranjeros que residan legalmente en España.

En fin, mantiene que no se puede aplicar la asimilación al alta del artículo 42.2 RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, que en su redacción dada por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, establece que «los trabajadores por cuenta ajena de países que hayan ratificado el Convenio número 19 (...) que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, *se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*», por resultar contrario a la Ley.

El segundo de los votos particulares, formulado por la Magistrado Segoviano Astaburuaga, al que

## Derecho al trabajo

se adhieren cinco Magistrados, discrepa del fallo de la Sentencia, y considera que el hecho de que el contrato sea nulo por la concurrencia de un vicio sustancial del consentimiento, esto es el error respecto a la identidad del trabajador, no supone que el trabajador quede desprovisto de la protección dispensada por el sistema de Seguridad. El derecho al reconocimiento de prestaciones del trabajador extranjero en situación irregular no deriva del incumplimiento del empleador de la obligación de solicitar autorización administrativa previa para dicho trabajador, sino de la efectiva prestación de servicios y los efectos que ello comporta en el marco del Sistema de Seguridad Social al amparo del artículo 36.3 LOEX. En este sentido, el precepto señalado distingue dos planos perfectamente diferenciados, ante la carencia del trabajador extranjero de la pertinente autorización, por un lado, «responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social», por otro, «las prestaciones que pudieran corresponderle». Las primeras (las responsabilidades empresariales) se refieren a los supuestos en que ha habido incumplimientos empresariales; en este caso, debido a que el trabajador facilitó una identidad falsa, no se genera en el empresario ninguna responsabilidad). Las segundas (las prestaciones que pudieran corresponderles), por el contrario, son independientes del incumplimiento empresarial. Sentada la ausencia de responsabilidad de la empresa y el derecho del trabajador al percibo de prestaciones por el accidente de trabajo sufrido, el abono de las mismas ha de ser imputado a la Entidad Gestora o colaboradora, aseguradoras de las contingencias profesionales (artículos 124.4, 125.3 y 126 LGSS).

**Tribunal:** Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

**Fecha:** 4 de febrero de 2010.

**Recurso:** Recurso de suplicación 5207/2009.

**Ponente:** Dña. Concepción Rosario Ureste García.

**Voz:** Extranjero sin autorización de trabajo. Readmisión tras despido improcedente.

**Resumen:** «SEGUNDO. Con cobertura en el artículo 191.c) del TRLPL denuncia el recurrente que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 36 y 38 de la LO 4/2000 y artículo 54 del RD 2393/2004 sosteniendo, en esencia, que el fallo que trata de ejecutarse concedió a la empresa la opción entre readmisión e indemnización, eligiendo la readmisión lo que se tuvo por efectuado por providencia de fecha 10.01.2005, que el trabajador es quien planteó *ex novo* la falsedad del permiso de trabajo después de la firmeza de la sentencia y trascurrido un mes desde la opción, además de que la empresa no tenía obligación de tramitar la solicitud, correspondiendo al trabajador instar la renovación antes de que expirase el permiso, y que sin embargo no colaboró e inclusive remitió un burofax afirmando que no se presentaría en las oficinas de la empresa. Correlativamente señala que el auto contradice la sentencia ejecutada, sin que quepa la condena al abono de una indemnización incrementada y mayores salarios de tramitación.

La resolución objeto de ejecución declaró la improcedencia del despido del trabajador condenando a la empresa a la opción entre la readmisión o la indemnización correspondiente; tras serle notificada dicha sentencia, el empleador optó por la readmisión en escrito presentado en el decanato el 22.12.2005 y en proveído de 10.01.2006 se tuvo por efectuada en tiempo y forma esa opción; el 2 de marzo siguiente el actor solicitó la ejecución señalando que no puede tener por cumplido el fallo al ser imposible la readmisión en tanto que carece de documentación en regla para ser dado de alta.

Igualmente se referencia en el auto del que trae causa el ahora recurrido que en el telegrama de ejercicio de la opción definitivamente entregado el día 10 de enero se le indicaba al trabajador que debía presentarse con el permiso de trabajo y el NIE para cursar el alta y adjudicarle el turno de trabajo; en un nuevo telegrama de fecha 24 de enero la empresa requiere al demandante para que se persone

## Derecho al trabajo

en las oficinas en el plazo de 24 horas, contestando el actor por otro telegrama en el que manifiesta que su intención es la de reincorporación a su puesto de trabajo siempre que se ajuste a la legalidad vigente y que no se personará en la empresa porque como ya conocen carece de la documentación requerida.

De lo actuado se infiere que la voluntad empresarial ha sido la de readmitir al demandante en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la sentencia objeto de ejecución, y así lo ha comunicado en repetidas ocasiones el trabajador, señalando el plazo para la reincorporación, así como la documentación precisa para poder verificar la readmisión. Es el actor quien no acude a trabajar en la fecha señalada enviando un telegrama en el que aduce la problemática de la carencia de documentación en regla.

Contrariamente a lo argumentado por el demandante, la tramitación de la renovación del permiso de trabajo debió hacerla el mismo de conformidad con lo prevenido en la normativa de extranjería. (...)

No compete a esta litis la concreción de la validez del permiso inicial presentado por el trabajador para ser contratado, quien en fase de ejecución reseña su falsedad, lo que ha motivado que el propio empresario ponga una denuncia ante la Guardia Civil, ni pronunciarse acerca de las contradicciones que se observan en las manifestaciones del actor sobre utilización de un NIE falso que también invoca, cuando no era necesario en el momento de la contratación inicial; sin embargo, sí ha de partirse de la realización por el empleador de los oportunos actos de encuadramiento en la Seguridad Social durante la vigencia del contrato (el alta correspondiente y la baja que realiza en 16.09.2005), sin que se detecte que tal actuación le procuró las ventajas a que aluden las sentencias citadas en la instancia y en impugnación por carecer el trabajador de la documentación pertinente, pues en el presente caso la propia demanda y la correlativa sentencia se hacen eco de unas condiciones normales de contratación

y la adecuada cobertura del sistema aseguratorio tramitada por el propio empleador.

(...)

Las consideraciones precedentes determinan la actuación conforme a derecho del empleador en la readmisión por la que optó, no pudiendo repercutirle la inactividad del trabajador prolongada durante meses, ni la negativa de este último a presentarse siquiera en las oficinas de la empresa para proceder a tal readmisión. Aunque pudiera compartirse la imposibilidad de llevar a efecto la readmisión en dicho momento, bien pudo el demandante instar la repetida renovación a lo largo de dicho período, pues, recuérdese la interrupción por causa no imputable al mismo no enerva su obtención. O bien acudir a los mecanismos de arraigo igualmente previstos en el ordenamiento. Debe, por ende, desestimarse la demanda de ejecución formulada por el actor, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos frente a ella.

TERCERO. En el último motivo de suplicación se denuncia la interpretación errónea de los artículos 56.1 y 49.1.d) del ET. El recurrente argumenta que el trabajador en fase de ejecución se niega a aceptar la readmisión, lo que implica la dimisión voluntaria o abandono del trabajo, e inclusive la nulidad del contrato por error en el consentimiento ocasionado por las maniobras fraudulentas del actor.

A diferencia de lo acaecido en el motivo anterior, no puede estimarse el ahora articulado en tanto que excede del trámite de ejecución de sentencia de despido ante el que nos encontramos».

\*\*\*

NOTA: El Juzgado de lo Social núm. 28 de los de Madrid dicta Sentencia con fecha 1 de diciembre de 2005, en la que declara improcedente el despido de un trabajador extranjero, condenando a la empresa que en el plazo de cinco días optase entre read-

## Permiso de trabajo

mitirle en las condiciones anteriores al despido o indemnizarles a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, y a abonarle en todo caso los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la referida Sentencia. El trabajador venía prestando servicios a favor de la empresa desde el día 12 de agosto de 2004, para cuya contratación había aportado certificación de estar afiliado a la Seguridad Social y en situación asimilada al alta en dicho momento, así como un permiso de trabajo con validez desde el 12 de junio de 2004.

La empresa opta por la readmisión, teniéndose por efectuada en tiempo y forma dicha opción. Siendo firme la Sentencia, transcurrido un mes desde la opción empresarial, y una vez que la empresa requiriese al trabajador para que se personase en sus oficinas para llevar a cabo la readmisión, éste solicita la ejecución de la Sentencia, y el abono de la correspondiente indemnización, al ser imposible la readmisión ya que carece de autorización administrativa, pues la que presentó en su día al empresario era falsa.

Encontrándonos en el trámite de ejecución de Sentencia, el TSJ de Madrid no puede pronunciarse acerca de la falsedad de la autorización de residencia y trabajo alegada *ex novo* por el trabajador. Sobre esta cuestión, véase el comentario realizado anteriormente a la STS, unificación de doctrina, de 21 de enero de 2010.

Se sabe que desde que la LO 4/2000, en su artículo 36 LOEX declarara que «la carencia de la correspondiente autorización (...) no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero...», la jurisprudencia entendió que dicha disposición permitía impugnar los despidos verbales o tácitos de los que fueran objeto los trabajadores extranjeros que carecieran de dicha autorización. Admite, asimismo, que la protección frente al despido no podía implicar en ningún caso la reincorporación

al trabajo de los extranjeros no autorizados, ni modificar su situación administrativa irregular. De hecho, aunque algún pronunciamiento judicial recogiese en su fallo la opción entre la indemnización y la readmisión, siendo esta última imposible cuando el extranjero no estuviese autorizado para trabajar, en fase de ejecución de sentencia tan sólo se reconoce el derecho a la indemnización.

Pero la anterior doctrina jurisprudencial no puede amparar situaciones como la presente. El Tribunal afirma que el empleador llevó a cabo los oportunos actos de encuadramiento en la Seguridad Social durante la vigencia del contrato de trabajo, y que de lo actuado se infiere la voluntad empresarial de readmitir al trabajador en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la Sentencia objeto de ejecución. Por ello, ni la inactividad del trabajador prolongada durante meses en orden a la solicitud de la renovación de la autorización de trabajo, ni la negativa del trabajador a presentarse en las oficinas de la empresa para proceder a la readmisión, ni la alegación extemporánea de la falsedad de la documentación aportada, pueden alterar el hecho evidente de la actuación conforme a derecho del empleador.

## PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA  
Profesora TU de Derecho del Trabajo  
Universidad Rey Juan Carlos

**Tribunal:** Tribunal Superior de Murcia.

**Fecha:** 5 de marzo de 2010.

**Procedimiento:** Recurso de apelación 448/2009.

## Permiso de trabajo

**Ponente:** Dña. Esperanza Sánchez de la Vega.

**Voz:** Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.  
Renovación: medida cautelar suspensiva: denegación.

**Resumen:** «SEGUNDO. Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada en lo que no se oponga a los contenidos en la presente resolución.

Para resolver la cuestión planteada hay que tener en cuenta la normativa establecida en la Ley Jurisdiccional de 1998 en materia de medidas cautelares, según la cual procede a la hora de decidir su adopción valorar en primer lugar los intereses en conflicto de las distintas partes y de los terceros que pueden verse afectados, incluido el interés general que la Administración representa y defiende, y, en segundo lugar, determinar si la ejecución del acto puede hacer perder su finalidad legítima al recurso (artículo 130.1 y 2 LJ).

Procede recordar asimismo, sobre la posibilidad de suspender los actos de contenido negativo, como es el aquí impugnado, que la jurisprudencia ha señalado que los actos de contenido negativo no deben suspenderse porque ello supondría acceder provisionalmente a lo solicitado, lo que es muy distinto al mantenimiento de la situación anterior al momento de dictarse el acto que es la finalidad propia de esta medida cautelar (AATS Sala 3.<sup>a</sup>, de 16-7-91, 18-12-92, 22-11-93, 27-3-93, 25-1-94, 26-12-94, 6-2-95, y 22-9-95). También es ésta la doctrina del Tribunal Constitucional aplicada en el Auto de 29 de marzo de 1990, en el que se dice que en estos casos lo que se pide es la suspensión de una suspensión. Dice el Alto Tribunal que cuando el acto al que se imputa una lesión de derechos fundamentales no es simplemente impeditivo de una libertad, ni impone obligación alguna, consistiendo solamente en la denegación de un reconocimiento de derechos que del poder público afectado se pretende obtener, la estimación anticipada se convertiría en una estimación anticipada de la pretensión de fondo. En los casos de actos negativos, como es el presente, debe

denegarse la suspensión por la propia naturaleza de la medida cautelar impetrada un efecto positivo de reconocimiento preventivo de los efectos de una hipotética sentencia favorable y, por ende, la modificación de la situación anterior. El criterio contrario determinaría que, en trámite de un incidente de naturaleza cautelar, se produjera el otorgamiento o concesión de lo pedido en vía administrativa, lo cual es de todo punto ajeno a la propia naturaleza de la suspensión que se solicita para mantener la situación anterior al acto impugnado. En este sentido se ha pronunciado esta Sección entre otras en las sentencias 31/05, de 24.1; 447/06, de 26.5 y 663/06, de 12.7.

En el presente caso consta que la causa de la denegación consiste en no haber quedado acreditada la realización habitual de la actividad laboral por cuenta ajena durante la vigencia del anterior permiso. El Juzgado, sin embargo, sólo justifica la medida cautelar en el arraigo que puede tener el actor por el hecho de haber trabajado en nuestro país. Por otro lado en la resolución referida no se acuerda la salida del territorio nacional del interesado en determinado plazo. En consecuencia el auto recurrido no está suficientemente motivado teniendo en cuenta que la resolución recurrida por sí misma no causa perjuicios graves al interesado. Por otro lado, siendo el acto recurrido de contenido negativo, según la jurisprudencia citada, lo procedente es denegar la medida cautelar positiva, ya que la solución contraria supone de hecho acceder a lo que ha sido denegado en vía administrativa por la Administración en un momento procesal inoportuno, anticipando con ello la decisión de la cuestión de fondo planteada que debe hacerse en la sentencia como ha venido señalando la Sección 2.<sup>a</sup> de este Tribunal en sentencias anteriores, como la 808/06, de 29 de septiembre y 1088/07, de 28 de noviembre. Dice este Tribunal en esta última resolución: “Conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de esta Sala de lo Contencioso-administrativo no procede en esta vía que pueda accederse a lo solicitado, pues sería otorgar lo no concedido en la vía admi-

## Permiso de trabajo

nistrativa, es decir, otorgar un permiso de residencia y trabajo mientras dura el presente recurso. Ello supondría anticipar indeseablemente el fallo de la sentencia que en su día recaiga en los autos principales. Estamos en presencia de un acto negativo, la no concesión del permiso de trabajo y residencia, por lo que en la práctica es casi imposible que pueda acordarse como efecto positivo la concesión, pues se pretende por el trámite de las medidas cautelares el efecto solicitado en el pleito principal. Conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado, en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal. En consecucional ... no procede acceder a lo solicitado, máxime en el presente supuesto en que carecemos de datos para poder afirmar que concurre el requisito del *fumus boni iuris*».

No concurren por otro lado circunstancias especiales que justifiquen la medida cautelar positiva adoptada por el Juzgado de acuerdo con el principio *fumus boni iuris*, ni tampoco se alude a ellas en el auto recurrido, ni por el apelado que no se opone al recurso (como podrían ser tener familia que resida legalmente en España, haber trabajado de forma continuada hasta que le fue denegada la renovación etc ...).

Además, como señalaba la citada Sección en su sentencia 763/09, de 17 de septiembre, no procede conceder la renovación de los permisos denegada por la Administración ni siquiera provisionalmente mientras se tramita el recurso, porque con ello se está ejerciendo una competencia o potestad que solamente corresponde a la Delegación del Gobierno, ello sin perjuicio de poder entender suspendida la eficacia de la denegación de la renovación solicitada para evitar la expulsión del extranjero en el caso de que concurren circunstancias especiales como las que se daban en el caso contemplado por dicha sentencia. En sentido similar se pronunció esta Sección en la sentencia 101/07, de 16 de febrero, en el que

ante las circunstancias alegadas (el solicitante tenía un hijo nacido en España y en el acto administrativo se acordaba la salida obligatoria de nuestro país) se accedía a la adopción de la medida cautelar, eso sí, dejando claro en el último fundamento jurídico que ello no suponía que se accediera a conceder provisionalmente los permisos de residencia y de trabajo denegados en el acto impugnado. Como antes señalábamos en este supuesto no se alegan ni constan en la pieza de medidas cautelares remitidas que se den circunstancias que justifiquen dicha medida».

---

**Tribunal:** Tribunal Superior de Murcia.

**Fecha:** 5 de marzo de 2010.

**Procedimiento:** Recurso de apelación 687/2009.

**Ponente:** Dña. Esperanza Sánchez de la Vega.

**Voz:** Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Renovación: medida cautelar suspensiva: denegación.

---

**Tribunal:** Tribunal Superior de Murcia.

**Fecha:** 22 de febrero de 2010.

**Procedimiento:** Recurso de apelación 483/2009.

**Ponente:** Dña. Leonor Alonso Díaz-Marta.

**Voz:** Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Renovación: medida cautelar suspensiva: denegación.

---

**Tribunal:** Tribunal Superior de Murcia.

**Fecha:** 12 de febrero de 2010.

**Procedimiento:** Recurso de apelación 746/2009.

**Ponente:** D. Abel Ángel Sáez Domenech.

**Voz:** Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Renovación: medida cautelar suspensiva: denegación.

---

**Tribunal:** Tribunal Superior de Murcia.

**Fecha:** 12 de febrero de 2010.

**Procedimiento:** Recurso de apelación 795/2009.

**Ponente:** D. Abel Ángel Sáez Domenech.

**Voz:** Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Renovación: medida cautelar suspensiva: denegación.

\*\*\*

## Permiso de trabajo

NOTA: Las anteriores Sentencias contienen idéntica fundamentación jurídica a la extractada en primer lugar, STSJ Murcia de 5 de marzo de 2010, por lo que se comentarán conjuntamente.

En todos los supuestos se trata de pronunciamientos que resuelven recursos de apelación contra Autos de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Murcia núm. 3 y 7, dictados en la pieza separada de medidas cautelares correspondiente a Procedimientos abreviados que conocen de la denegación de la correspondiente autorización de residencia y trabajo.

El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución, recoge como una de sus facultades la posibilidad de interesar medidas cautelares o lo que es lo mismo un «derecho a la tutela cautelar» como lo denominó, por primera vez en nuestro país, el Auto de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990.

Existe una dominante línea jurisprudencial que mantiene la dificultad de suspensión cautelar de los actos negativos –paradigma de los cuales son las licencias y permisos– lo que llevaba consigo el rechazo prácticamente generalizado de cuantas peticiones de suspensión se instan. En concreto, en estos supuestos, los trabajadores extranjeros han solicitado que se acuerde como medida cautelar de carácter positivo la concesión de la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo denegadas, teniendo en cuenta, además de los requisitos establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, los distintos intereses en juego, en particular, el hecho de que con anterioridad habían sido titulares de una autorización de este tipo, lo que les lleva a considerar que se acredita un arraigo en nuestro país. El TSJ de Murcia considera, frente a esta alegación, que el arraigo se encuentra en entredicho desde el momento en que las referidas renovaciones se deniegan precisamente por no haber cumplido los interesados con

los períodos de ocupación laboral exigidos por la legislación aplicable (artículo 54 Reglamento de Extranjería) para proceder a la renovación. Pero es que, además, entiende que el Juzgado ha limitado la justificación de la medida cautelar en el arraigo manifestado en el hecho de haber trabajado en España cuando lo cierto es que el Tribunal Supremo mantiene, entre otras, en las Sentencias de 28 de diciembre de 1998, 23 de enero, 11 de octubre, 15 de noviembre de 1999, que la actividad laboral no es el único elemento para apreciar el arraigo, puesto que «... los vínculos del lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio como determinante de la prevalencia de aquellos frente al interés general en que se expulse de España a quien carezca de permiso o autorización para ello...».

Es evidente que una decisión de autorice la suspensión cautelar debe basarse en el exacto cumplimiento de los requisitos que a tal efecto establece el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir la existencia del *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* o, lo que es lo mismo, como señalara la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, de 29 de abril, «la apariencia de que el demandante de la medida cautelar ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa...», amén de la ponderación circunstanciada de todos los intereses enfrentados en el proceso.

Pues bien, en todos los supuestos analizados la falta de justificación adecuada de la medida por parte del Juzgado y de oposición del apelado, no permite sino mantener que conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, no procede acceder a lo solicitado, porque lo contrario supondría anticipar indeseablemente el fallo de la sentencia que en su día recaiga en los autos principales, ya que lo que se pretende por el trámite de las medidas cautelares es el efecto solicitado en el pleito principal.

## DERECHO PENAL

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 2 de marzo de 2010.

**Recurso de Casación:** 10608/2009.

**Ponente:** Don José Antonio Martín Pallín.

**Voz:** Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: embarcación destinada al tráfico ilegal de personas.

**Resumen:** Inmigración ilegal: condena a los acusados como autores de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Tripulación de una embarcación ilegal con inmigrantes clandestinos, algunos de ellos menores de edad. Pruebas suficientes. Declaraciones policiales y grabación en vídeo. Conducta de los acusados que favorece el tráfico ilegal de personas y pone en peligro la vida y la salud de los pasajeros de la embarcación.

«Estima que la sentencia contiene expresiones estrictamente técnicas que sustituyen los hechos probados por expresiones que integran el tipo penal aplicado. Recuerda que es necesario un neta separación entre el juicio histórico y el juicio técnico. Precizando el objeto del recurso, sostiene que el empleo del verbo patronear, sin más especificaciones, constituye un término administrativo y marítimo ausente de más descripciones que impiden su contradicción intelectual y, por tanto, la defensa del acusado.

Ajustándonos a los argumentos que hemos transcrito, es evidente que no se ha incidido en el vicio formal que denuncia el recurrente. En los hechos se afirma que el recurrente y otras cuatro personas, se valieron de sus conocimientos de navegación para introducir, clandestinamente, ciudadanos extranjeros, en una embarcación tipo cayuco que arribó a las Islas Canarias.

La sentencia declara probado, sin precisar el reparto específico de papeles, que “eran los encargados del motor”, que se turnaban “en el manejo del ti-

món”, así como en el reparto de “comida y agua”. En relación con otro condenado, que no recurre, se le atribuye ser el encargado de mantener el rumbo a través del GPS que portaba.

La lectura de la narración de hechos probados describe, con lenguaje perfectamente asequible a cualquier lector, la aportación por parte de los acusados, entre ellos el recurrente, de una tarea necesaria para que la embarcación navegase y consiguiese el objetivo de llegar a un destino. En una travesía, que tiene una larga duración en el tiempo, en la que se desarrolla una actividad como la de dirigir la navegación de un barco, es usual que no siempre se realice, única y específicamente, una tarea, sino que dadas las características de la embarcación y del viaje, lo normal es que se sustituyan a lo largo del trayecto en las tareas de patronear, es decir, llevar desde el punto de mando en la dirección de las incidencias de la navegación que no es incompatible con encargarse del manejo del timón, vigilar el funcionamiento del motor y repartir agua y comida.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

(...).

1.–Invoca la doctrina jurisprudencial reiterada e indiscutida de la necesidad de la práctica de las pruebas en el juicio oral. Añade que no se ha realizado prueba de inspección ocular en relación con las características de la embarcación. Pretende con ello demostrar que no está acreditada su mayor o menor adecuación para la navegación de altura y para el número de pasajeros transportados. Tampoco se han comprobado las habilidades y conocimientos del recurrente para dirigir la navegación. Al final, vuelve a insistir en la ausencia de los testigos.

2.–En el motivo quinto desarrolla más la presunción de inocencia e insiste en que sólo se dispuso del atestado de la policía sobre las condiciones de la embarcación, sin que se haya tenido oportunidad de contradecir su contenido. Es evidente que las ca-

## Derecho penal

racterísticas de la embarcación fueron visualizadas por los que la abordaron y la recibieron en el muelle de llegada. Se trataba de un cayuco, embarcación que, como se dice en la sentencia, puede ser utilizada para la pesca de bajura en los países de origen, pero absolutamente inidónea para el transporte de sesenta y dos personas de las que cuatro eran menores. Los acusados en ningún momento han cuestionado las características de la embarcación.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

(...).

En el motivo sexto se resalta que en el relato fáctico se dice que a bordo iban cuatro personas que resultaron ser menores de edad. A esta comprobación se llega a través de los exámenes médicos y pruebas correspondientes. No dudamos de esta afirmación y que es posible que el recurrente no abarcase en su conocimiento inicial estas circunstancias, aunque no es excesivo exigirle que en el momento de aceptar el transporte se preocupase por conocer, aunque fuese aproximadamente, la edad y circunstancias de los transportados. Se podrá replicar que no es habitual, pero tampoco puede ser descartado.

3.—En el motivo séptimo niega que se haya puesto en concreto peligro la vida, la salud o la integridad o la salud de las personas o se haya abusado de su especial vulnerabilidad. También niegan que se haya derivado ningún riesgo para las personas transportadas. Invoca en su favor el hecho de que la sentencia admite que se trata de personas angustiadas por su situación vital en sus países de origen y que buscan el bienestar en otros países del mundo de mayor nivel económico. La sentencia le condena como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis del CP). Es incuestionable que, con la conducta del recurrente se estaba promoviendo, favoreciendo o facilitando el tráfico ilegal de personas en este caso con destino a España. Asimismo resulta indiscutible que utili-

zar una embarcación con las características de la intervenida en la que se transportaban sesenta y dos personas más los cinco acusados y que según los datos obrantes en las actuaciones se había realizado una travesía de más de 800 kilómetros (la distancia no se expresa en millas marítimas), se ha puesto en peligro la vida, la salud y la integridad de las personas, circunstancias que por sí solas y sin necesidad de añadir la condición de las cuatro personas que eran menores de edad, ya justifica la imposición de la pena en la mitad superior, tal como se ha realizado de manera absolutamente legal.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados (...).

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 3 de marzo de 2010.

**Recurso de Casación:** 10799/2009.

**Ponente:** Don José Manuel Maza Martín.

**Voz:** Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: tripulante de embarcación clandestina.

**Resumen:** Condena al acusado como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y otros dos de homicidio por imprudencia. Tripulante que participa en la organización de un viaje en una embarcación con el objetivo de entrar ilegalmente en España. Ausencia de medidas de seguridad en la embarcación. Insuficiencia de agua y comida para garantizar la subsistencia. Prueba testimonial de pasajeros de la embarcación y víctimas del delito. Imposibilidad de comparecer en juicio debido a su condición de inmigrantes no autorizados. Actuación con ánimo de lucro. Negligencia grave que condujo al fallecimiento de dos inmigrantes.

«El Juzgado de Instrucción número 3 de San Bartolomé de Tirajana instruyó Procedimiento Abreviado con el número 34/2008 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria que, con fecha 18 de marzo de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes

## Derecho penal

Hechos Probados: “Probado y así se declara que el día veinticinco de mayo de 2008, los acusados Iván, Clemente, Prudencio, Carlos Manuel y Braulio, mayores de edad, sin antecedentes penales conocidos, iban al mando de una embarcación tipo cayuco, en la que viajaban sesenta y ocho personas, de los que siete eran menores, indocumentados, que habían pagado por la travesía, y habían partido desde las costas de Marruecos hasta nuestras costas para entrar ilegalmente en España, siendo interceptados a 05 millas del Faro de Maspalomas por la embarcación de Salvamento Marítimo (...).

Los acusados se repartían las tareas de llevar el motor, manejar el timón y el reparto de la comida y el agua.

Dicha embarcación de trece metros de eslora por 2,5 metros de manga no contaba con ninguna medida de seguridad, e iba propulsada por dos motores de 40 CV Yamaha enduro con el núm. de serie (...).

Los acusados no habían provisto al resto de los ocupantes de la embarcación de chalecos salvavidas, ni de la suficiente agua y comida necesarias para garantizar su seguridad y subsistencia durante la travesía, de manera que el agua se acabó durante la travesía y la comida era muy escasa. Asimismo los acusados tampoco habían dispuesto los medios necesarios para achicar el agua existente en la embarcación a causa de sus reducidas dimensiones y al excesivo número de personas que la ocupaban, motivo por el cual se produjo el fallecimiento por ahogamiento de dos de los inmigrantes que viajaban a bordo de la citada patera, identificados con los números (...) que llegó cadáver siendo la causa fundamental de la muerte asfixia mecánica por sumersión y del ocupante identificado por el número (...) que fue trasladado de inmediato al hospital donde fallece el mismo día por ahogamiento secundario (muerte por complicación de una sumersión) o no inmediato.

Además en la embarcación se encontraba el cadáver de otro ocupante identificado con el número (...) que cuya muerte natural se produjo por un fallo de la función cardiaca como consecuencia de la necrosis aguda producida a nivel de miocardio; este fallo cardiaco hace que se acumule la sangre retrógradamente provocando una anoxia tisular generalizada” [sic].

(...).

El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y otros dos de homicidio por imprudencia grave, a las penas respectivas de cuatro años de prisión, por el primer delito, y un año de prisión por cada uno de los homicidios, formaliza su Recurso de Casación con apoyo en cuatro diferentes motivos, que, en realidad parten de una misma afirmación, a saber, que el recurrente no tomó parte en la organización del ilícito y peligroso viaje objeto de enjuiciamiento, interviniendo en él tan sólo como un viajero más, por lo que no le incumbiría ninguna responsabilidad respecto del mismo, motivo por el que ha sido condenado.

Pero resulta que la recurrida afirma que ello no es cierto, que en realidad sí que era uno de los organizadores del viaje o, al menos, participe en su ejecución, por tanto no como simple pasajero sino como miembro de la tripulación.

(...).

En efecto, de una parte las condiciones de penuria y riesgo, con grave puesta en peligro para la vida de los pasajeros, alguno de ellos menor de edad, en las que el viaje de inmigración clandestina hacia nuestro país se realizaba, así como la participación de Clemente como miembro de la tripulación en esa actividad con móvil de lucro ilícito, favoreciendo y prestando con ello una clara contribución en la actividad ilícita, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, son elementos constitutivos del tipo pe-

## Derecho penal

nal aplicado que están debidamente incorporados a dicha narración, con la conclusión añadida de la reducción en un grado de la pena inicialmente prevista, al amparo de la facultad otorgada al Juzgador en el apartado 6 del precepto de referencia.

Al igual que acontece con los dos delitos de homicidio por imprudencia grave, en las personas de los dos pasajeros que, uno de forma inmediata y otro con posterioridad, se produjeron precisamente por las más que precarias condiciones en las que eran transportados en la «patera», con mayor peso de carga del soportable por la embarcación y sin medio alguno para el achique del agua que penetraba en su interior, lo que supone un grado de negligencia indudablemente susceptible de ser calificado, cuando menos, de grave, tal como lo hace la Resolución de instancia, sin que pueda acogerse tampoco la tesis exculpatoria del recurrente acerca de su ignorancia en conocimientos médicos ya que a nadie puede escapársele el peligro que suponía una expedición a través de alta mar en condiciones semejantes y el estado terminal, abocado al inevitable fallecimiento, de los ahogados».

**Tribunal:** Auto del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 29 de abril de 2010.

**Recurso de Casación:** 11553/2009.

**Ponente:** Don Juan Saavedra Ruiz.

**Voz:** Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración ilegal, ya que el recurrente era quien patroneaba la embarcación en la que iban a bordo 53 ciudadanos extranjeros. Presunción de inocencia: no vulneración.

«La Sala de instancia considera probado que el ahora recurrente era quien patroneaba la embarcación neumática de unos seis metros y medio de

eslora y motor de 30 CV, a bordo de la cual, y tras haber abonado el precio convenido, viajaban un total de 53 ciudadanos extranjeros (de los que siete eran menores de entre uno y tres años de edad), con dirección a las costas españolas e intención de entrar ilegalmente en territorio nacional, si bien fueron sorprendidos por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil cuando se encontraban a la deriva a una seis millas náuticas al sudeste de Tarifa.

No discute el recurrente la catalogación de estos hechos como un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, agravado por el hecho de ser menores de edad algunos de los pasajeros de la patera y por el riesgo vital en general para todos los componentes del pasaje, vistas las características de la nave y las condiciones de hacinamiento y carencia de medios en las que navegaban. Tampoco son objeto de discusión esas concretas características de la embarcación y las circunstancias en que fueron localizados por el Servicio Marítimo, antes expuestas, y en igual sentido en cuanto al número de pasajeros y a la corta edad de siete de ellos.

El eje del debate se centra así en la condición en la que el acusado viajaba en la nave, a saber, si como un inmigrante ilegal más –según su versión– o por el contrario en calidad de patrón, como afirma la Audiencia. Cierto es que tal condición de patrón de la embarcación es tenida por probada principalmente a través de la declaración del testigo protegido (...), mas no es la única prueba valorada a tal fin por el Tribunal, que asimismo sopesa las notables contradicciones en que ha venido incurriendo el acusado en sus diversas declaraciones, variando sensiblemente su versión de los hechos.

En cualquier caso, respecto del testigo protegido tampoco cabe apreciar los fines espurios a que hace mención el recurrente como fundamento exclusivo de tal incriminación, no obstante darse por cierto que la Policía le comunicara que podría no ser expulsado si señalaba al patrón de la nave: tal y como expone la Audiencia en el FJ 2.º, aunque

## Homologación

efectivamente fuere así, no por ello cabe entender que el recurrente señalara al azar al autor, pues consta que lo identificó como tal tanto fotográficamente como en el acto del juicio oral; y se valora también cómo se ha mostrado en todo momento firme en su testimonio a lo largo de las actuaciones y en el acto de la vista, bajo la intermediación de la Audiencia, refiriendo asimismo con rotundidad cuál fue el precio que tuvo que pagar (800 euros) y cuál fue el comportamiento del acusado al tiempo de ser descubiertos por la patrulla costera, a saber, alejarse del motor y mezclarse con el resto del pasaje mientras les daba instrucciones y apercibía de forma amenazante de que no le delataran a quienes le habían visto pilotar la lancha, lo que conforme a la experiencia del Tribunal *a quo* en supuestos similares se corresponde con el habitual proceder en estos casos de quienes efectivamente tienen la nave bajo su control.

En suma, aunque el denunciante pudiera obtener ventajas de su declaración, no por ello se elimina en el caso el categórico valor de sus afirmaciones.

Hubo, en consecuencia, prueba de cargo válida, racionalmente valorada por la Sala de instancia, lo que conduce a acordar la inadmisión del único motivo invocado, por aplicación del artículo 885.1.º de la LECrim».

### HOMOLOGACIÓN

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 11 de marzo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 777/2007.

**Ponente:** Doña Isabel García García-Blanco.

**Voz:** Homologación de título uruguayo de Ingeniero Electrónico: control de equivalencia.

**Resumen:** Solicitud de homologación de título uruguayo de Ingeniero Electrónico al título español de Ingeniero en Electrónica. Informe desfavorable emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria. Control de equivalencia de la formación como elemento esencial para resolver sobre la homologación. No procede una homologación alternativa pues se aparta de las pretensiones ejercitadas en vía administrativa.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 24 de marzo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 947/2008.

**Ponente:** Doña Carmen Ramos Valverde.

**Voz:** Homologación de título brasileño en Cirugía Plástica: informe técnico de equivalencia desfavorable.

**Resumen:** Denegación de la solicitud de homologación del título brasileño de Médico Especialista en Cirugía Plástica. Condiciones de homologación de los títulos extranjeros de educación superior. Solicitante que ha cursado un Programa de Capacitación Profesional en la Universidad de Sao Paulo. Certificado no válido para el ejercicio profesional en Brasil. Informe técnico de equivalencia desfavorable a la homologación.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 25 de marzo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 688/2007.

**Ponente:** Don Fernando de Mateo Menéndez.

**Voz:** Homologación del título argentino de especialista en Pediatría y Neonatología: superación de una prueba teórico-práctica.

**Resumen:** Homologación de títulos académicos: Solicitud de homologación del título argentino de Especialista en Pediatría y Neonatología con el título español de Médico Especialista en Pediatría. Estimación del recurso interpuesto por el solicitante. Condiciones de homologación de los títulos extranjeros de formación superior. Falta de motivación del informe de la Comisión de Especialidad.

## Nacionalidad

Suspensión de la resolución del expediente de homologación hasta la superación de una prueba teórico-práctica.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 15 de abril de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 595/2008.

**Ponente:** Don Fernando de Mateo Menéndez.

**Voz:** Homologación de los estudios de guitarra en Italia, Francia y EEUU: no consta equivalencia.

**Resumen:** Denegación de la solicitud de homologación de los estudios de guitarra realizados en Italia, Francia y Estados Unidos al Título Español Superior de Música de la especialidad de guitarra. No consta equivalencia de los estudios acreditados al título español.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 29 de abril de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 719/2008.

**Ponente:** Doña Isabel García García-Blanco.

**Voz:** Homologación de título de arquitecto obtenido en Venezuela: prueba de aptitud específica.

**Resumen:** Homologación de título extranjeros: concesión. Título de arquitecto obtenido en Venezuela. Superación de una prueba de aptitud específica: sólo se exige superar una en el caso de autos, cuando el diseño de la prueba implicaba pasar dos.

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 6 de mayo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 939/2007.

**Ponente:** Doña Isabel García García-Blanco.

**Voz:** Homologación de título venezolano de ingeniero civil: pruebas de aptitud.

**Resumen:** Falta de equivalencia del título venezolano de ingeniero civil al título español de ingeniero de caminos, canales y puertos. Pese al informe favorable del órgano técnico del Consejo de Universidades, que no valoró la

equivalencia de ambas titulaciones, el criterio de la Sala es contrario a la homologación respecto del mismo título de la codemandada. Pruebas de aptitud: sometimiento a una prueba de conjunto ya que la propia recurrente solicita esta posibilidad.

## NACIONALIDAD

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 18 de febrero de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 46/2008.

**Ponente:** Don Diego Córdoba Castroverde.

**Voz:** Nacionalidad por residencia. Informes genéricos y subjetivos. Buena conducta cívica.

**Resumen:** Concesión de la nacionalidad española por residencia. Imputación del solicitante en diligencias penales que finalizan con la absolución. Informes del Centro Nacional de Inteligencia basados en impresiones subjetivas del entrevistador. Tarjeta de residente comunitario por matrimonio con española. Justificación del pago de obligaciones tributarias y pago de cuotas a la Seguridad Social. Contrato por tiempo indefinido. Integración personal y laboral en la sociedad española.

«El presente recurso tiene por objeto la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 2 de julio de 2007, confirmada en reposición por resolución de 16 de octubre de 2007, por las que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica (“ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de 1994 detenido en dos ocasiones por narcotráfico en España, sin que en fase de alegaciones haya probado”) y por no haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad (“ya que según consta en el expediente durante la entrevista muestra en general un comportamiento esquivo, evitando citar nombres, fechas, direcciones

## Nacionalidad

concretas o acontecimientos, excusándose en olvidos y demostrando una completa falta de interés y colaboración con el entrevistador. Parece querer ocultar datos de su pasado. Jon tiene un hermano llamado Sorba con el que guarda estrecha relación. Sorba estuvo desde 1982 hasta 1984 dirigiendo la organización Mártires de la Revolución Islámica en Barcelona, financiada desde la Embajada iraní. En 1984 es detenido como miembro de un comando iraní que pretendía atentar contra un avión de la Arabian Saudi Air Lines. Durante 1995 se le identifica realizando labores informativas para la Embajada”).

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión respecto a la falta de buena conducta que estuvo imputado en unas diligencias penales en las que terminó absuelto, sin que llegara a dirigirse formalmente acusación contra el recurrente y estando las actuaciones sobreesidas por desconocerse el autor del delito y los antecedentes policiales están cancelados, al margen de que los hechos ocurrieron 12 años antes de la solicitud de nacionalidad. El recurrente considera que ha demostrado una buena conducta cívica durante su estancia en España regentando un bar desde hace varios años, pagando sus impuestos y con domicilio estable. Por lo que respecta a su falta de integración en relación con las afirmaciones que se derivan de la entrevista con el CNI niega que no mostrase colaboración considerando finalmente que no puede valorarse su conducta por las actividades de su hermano.

(...).

En el presente caso, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica y por su falta de integración.

Procede analizar en primer lugar la concurrencia del requisito de buena conducta cívica. La resolu-

ción recurrida considera que el recurrente no ha acreditado suficientemente su buena conducta cívica por cuanto consta en el expediente que “tiene antecedentes de 1994 detenido en dos ocasiones por narcotráfico en España”.

Lo cierto es que este dato se sustenta en un informe emitido por el CNI, obrante en el expediente administrativo, en el que se limita a afirmar este hecho sin añadir dato complementario o información adicional alguna. Ello motivó que este Tribunal solicitase como diligencia final para se completase dicha información especificando “las fechas concretas de las detenciones y si como consecuencia de los mismos se siguieron actuaciones penales contra el recurrente, ante qué juzgado y con qué número de procedimiento, o cualquier otro dato que permita aclarar el contenido de esta afirmación y las actuaciones posteriores que tuvieron lugar”. Y en respuesta a este requerimiento el Centro Nacional de Inteligencia informó que esta afirmación «se basa en información proporcionada por el propio interesado sin que, en el ámbito competencial que le resulta propio a este Centro sea posible ampliar los extremos solicitados”.

El recurrente afirma que estuvo imputado en unas diligencias penales en las que terminó absuelto, sin que llegara a dirigirse formalmente acusación contra el recurrente y las actuaciones fueron sobreesidas por desconocerse el autor del delito, habiéndose cancelado los antecedentes policiales.

A la vista de estos datos no puede apreciarse que una detención policial que no consta diese lugar a procedimiento penal alguno y por unos hechos que ocurrieron doce años antes de su solicitud de nacionalidad puedan ser tomados como elemento revelador de una falta de buena conducta cívica, máxime cuando el recurrente lleva residiendo legalmente en España, con tarjeta de residente comunitario, desde abril de 1998 y durante este tiempo no consta actividad contraria al orden público o que cuestione su buena conducta cívica.

## Nacionalidad

Por lo que respecta a la falta de integración del recurrente en la sociedad española la resolución administrativa vuelve a basarse únicamente en las afirmaciones contenidas en el citado informe del CNI en el que se considera que no ha acreditado su integración en nuestra sociedad “ya que según consta en el expediente durante la entrevista muestra en general un comportamiento esquivo, evitando citar nombres, fechas, direcciones concretas o acontecimientos, excusándose en olvidos y demostrando una completa falta de interés y colaboración con el entrevistador. Parece querer ocultar datos de su pasado. Jon tiene un hermano llamado Sorba con el que guarda estrecha relación. Sorba estuvo desde 1982 hasta 1984 dirigiendo la organización Mártires de la Revolución Islámica en Barcelona, financiada desde la Embajada iraní. En 1984 es detenido como miembro de un comando iraní que pretendía atacar contra un avión de la Arabian Saudi Air Lines. Durante 1995 se le identifica realizando labores informativas para la Embajada”.

Este informe se basa en su mayor parte en conductas imputables a su hermano, ajenas por completo a este procedimiento y que no pueden ser tomadas en consideración para denegar la solicitud del recurrente, ya que tanto la conducta como su integración deben entenderse referidas al comportamiento personal del solicitante sin que pueda denegarse la nacionalidad a una persona por las actividades delictivas de alguno de sus familiares sin participación del peticionario.

(...) ha quedado demostrado a lo largo del expediente y en este procedimiento que el recurrente tiene tarjeta de residente comunitario, por matrimonio con española, desde abril de 1998, (se casó en agosto de 1994 y su mujer falleció en julio de 1996), presenta certificados que acreditan que está al corriente del pago de las obligaciones tributarias y del pago de la Seguridad Social. Tiene un contrato de trabajo por tiempo indefinido para la actividad de cocinero. Y en el informe de su vida laboral consta que ha trabajado durante 4 años, 9 meses y 25 días. Datos

todos ellos indicativos de una integración personal y laboral en nuestra sociedad en la que reside desde 1998».

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 8 de abril de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 842/2008.

**Ponente:** Don Fernando de Mateo Menéndez.

**Voz:** Concesión de la nacionalidad española. Buena conducta cívica. Paradero desconocido.

**Resumen:** Adquisición de la nacionalidad española por residencia. Solicitante de origen marroquí que reside legalmente en España. Carencia de antecedentes penales e integración en la sociedad española. Procedimiento penal que finaliza en sentencia absolutoria. Búsquedas durante la tramitación del procedimiento. Concurrencia de datos suficientes para afirmar que ha llevado una conducta que cumple con el estándar medio de conducta de los ciudadanos.

«Alega el actor, de nacionalidad marroquí, como fundamento de su pretensión, que reside legalmente en España desde el 5 de octubre de 1990, teniendo actualmente un permiso permanente. Está casado con una súbdita marroquí y tiene dos hijos. Se aduce que carece de antecedentes penales y que está integrado en la sociedad española. La solicitud de nacionalidad se presentó el día 3 de febrero de 2005.

(...).

En el presente caso, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(...).

De modo que la simple existencia o inexistencia de antecedentes penales no es suficiente para estimar la concurrencia o no de este requisito, salvo que se

## Nacionalidad

refiera a infracciones que *per se* revelen la existencia de mala conducta. Se habrá de valorar el alejamiento o cercanía temporal de tales antecedentes en función del razonable proceso de integración en la sociedad española, así como el carácter y circunstancias de la conducta que haya podido dar lugar a la condena penal, como reveladores no sólo del incumplimiento de las normas sino también de la falta en mayor o menor grado de la integración en la sociedad española legalmente exigida.

(...).

Es cierto que, según se deriva del expediente administrativo, hubo una primera búsqueda, detención y personación del actor en las diligencias que se seguían en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Reus de fecha 8 de mayo de 1998 que duró hasta el 27 de julio del mismo año, y otra ordenada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Tarragona de averiguación de domicilio y paradero de fecha 22 de marzo de 2000 que duró hasta el 11 de abril de 2000. Pero hay que tener en cuenta que las citadas búsquedas duraron poco tiempo, y el procedimiento penal concluyó con Sentencia absolutoria de 11 de mayo de 2004 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Tarragona, al retirarse la acusación por el Ministerio Fiscal, por unos hechos acontecidos en el año 1998, alejados en el tiempo de la solicitud de la nacionalidad (3 de febrero de 2005). A ello, hay que añadir que como tal y como se desprende de la documentación obrante en el expediente y aportada en el procedimiento, concurren datos indicativos de la integración del recurrente en la sociedad española, como son: Tiene permisos de trabajo y residencia desde el 5 de octubre de 1990, que implica un largo período de permanencia en España; que está casado y tiene dos hijos, siendo favorables los informes del Ministerio Fiscal y del Juez-Encargado del Registro Civil de Tarragona.

Pues bien, proyectando todo lo anterior al caso de autos, llegamos a la conclusión de que concurren en el recurrente suficientes datos para poder afirmar

que ha llevado durante el tiempo de su estancia en España una conducta que puede considerarse que cumple con estándar medio de conducta de los ciudadanos, por lo que debe entenderse acreditado el requisito exigido por el artículo 22 del Código Civil y, en consecuencia, procede acceder a la concesión de la nacionalidad española solicitada.

En consecuencia, procede estimar el recurso contencioso-administrativo».

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 11 de mayo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 154/2009.

**Ponente:** Don Francisco Díez Fraile.

**Voz:** Concesión de nacionalidad española: buena conducta cívica.

**Resumen:** Nacionalidad: concesión. Buena conducta cívica: la trayectoria personal del demandante se ajusta al patrón del ciudadano medio. Sentencia absolutoria en juicio de faltas por coacciones y lesiones. Antecedentes penales: carecen de la entidad suficiente.

«Se impugna la resolución de 15 de diciembre de 2008 del Ministerio de Justicia, que desestimó el recurso de reposición formulado en su día por la hoy parte actora contra un anterior acto administrativo de 14 de julio de 2008 que le había denegado la concesión de la nacionalidad por no haber “justificado suficientemente buena conducta cívica, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 25 de junio de 2002 por agresión sexual, que con motivo de dichos antecedentes se inició procedimiento de juicio de faltas 775/02 ante el Juzgado de Instrucción núm. 14 de Madrid, por presunta falta de coacciones y lesiones, que a pesar de haber sido absuelto de los hechos que se le imputaban al no comparecer los denunciantes, ponen de manifiesto un comportamiento cívico social que no se corresponde con el concepto de buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante». La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

## Nacionalidad

(...).

El demandante es natural de Bolivia, nació en 1979, está soltero, reside legalmente en España desde 2001, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Bilbao, y en fecha de 14 de noviembre de 2005 tenía acreditados 1.008 días de alta en el sistema de la Seguridad Social.

La solicitud de concesión de la nacionalidad origen de la litis se presentó el 8 de noviembre de 2005, habiendo informado favorablemente en su tramitación el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado.

La Administración demandada denegó la solicitud de concesión de la nacionalidad española al considerar que no había justificado suficientemente buena conducta cívica por haber sido detenido el 25 de junio de 2002 por agresión sexual, remitiéndose las diligencias al Juzgado de Guardia correspondiente, dando lugar al juicio de faltas 775/2002 del Juzgado de Instrucción núm. 14 de Madrid por una falta de coacciones y lesiones contra el aquí recurrente.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, subraya el pronunciamiento absolutorio del sobredicho juicio de faltas y el tiempo transcurrido hasta la fecha de la solicitud de la nacionalidad, por lo que termina con la súplica de la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda en los términos que son de ver en autos.

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 con-

forme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, siendo así que en el caso puede afirmarse de lo actuado que la línea de conducta del demandante responde básicamente –en lo que ahora interesa– al patrón del ciudadano medio, debiendo parar mientes en las circunstancias del antecedente de 25 de junio de 2002 para determinar su trascendencia a los efectos que ahora importa. Así, en esta última fecha el demandante fue detenido por hechos que condujeron al juicio de faltas 775/2002 del Juzgado de Instrucción núm. 14 de Madrid, que dictó la sentencia 301/2002, de 2 de octubre, que absolvió al recurrente de una falta de coacciones y lesiones en virtud del principio acusatorio al no comparecer los denunciadores en el acto del juicio oral y no formular el Ministerio Fiscal acusación en el trámite de conclusiones. Las circunstancias que acabamos de consignar y el tiempo transcurrido desde los hechos imputados y la sentencia absolutoria hasta la data de la solicitud de la nacionalidad nos llevan a la conclusión de que aquel antecedente carece de la entidad suficiente para enervar el conjunto de circunstancias positivas que concurren en el interesado y que permiten atribuirle la condición de buen ciudadano. Ya dijimos más arriba que la trayectoria personal del demandante se ajusta al patrón del ciudadano medio si exceptuamos la detención sufrida por el mismo el 25 de junio de 2002, cuya detención condujo a la tramitación de un juicio de faltas en el que resultó absuelto algo más de tres años antes de presentar la solicitud de la nacionalidad, de tal manera que en esta última data aquella detención había perdido la virtualidad que hubiera podido tener en una fecha anterior para erigirse en tacha impositiva del requisito de la buena conducta cívica, que por todo ello es de considerar que concurre en la parte actora, cuyo recurso hemos de estimar

## Nacionalidad

al desfallecer por mor de cuanto queda precedentemente expuesto y razonado el fundamento de la resolución recurrida».

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 13 de mayo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 917/2008.

**Ponente:** Doña Isabel García García-Blanco.

**Voz:** Nacionalidad por residencia: buena conducta cívica. Actividad laboral.

**Resumen:** Nacionalidad por residencia: concesión. Buena conducta cívica: cuando solicita el recurrente la nacionalidad y se dictan las resoluciones recurridas tiene un procedimiento abierto por falta que concluye con sentencia absolutoria, y que es un hecho único en la amplia trayectoria del recurrente en España con una normalizada actividad laboral.

«En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 29 de junio de 2005, siendo la recurrente nacional de Ecuador, y gozando de residencia legal desde el 29 de mayo de 1997.

El expediente refleja que la recurrente se vio incurso en el Juicio de Faltas núm. 433/06 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Collado Villalba, en el que recayó sentencia absolutoria de 26 de noviembre de 2007. Dichas actuaciones se seguían, en lo que concierne a la hoy actora, por una posible falta de desobediencia en relación al quebranto de un precinto judicial de la vivienda de la que era inquilina, precinto que se había acordado en relación a un caso de homicidio. La sentencia es absolutoria para todos los acusados y en lo que concierne a Milagros, el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, solicitaba su absolución.

La actora carece de antecedentes penales y los policiales resultantes de los hechos que fueron enjuiciados han sido cancelados con fecha 30 de abril de 2008.

Se ha aportado justificación acreditativa de su trabajo como Auxiliar Administrativo para la empresa (...) SL desde 25 de septiembre de 2006, empresa que certifica su plena integración en la empresa. El CV de la actora detalla una formación académica de diplomatura universitaria, con formación complementaria y una amplia trayectoria laboral desde 1985. También consta declaración por IRPF 2004.

Por tanto es indudable que la recurrente se ha visto implicada en hechos con trascendencia penal, que se encontraban imprejuizados, con el procedimiento abierto, cuando se dictan las resoluciones, mediatas e inmediata, objeto del presente recurso. Si embargo hay que tener presente que se trata de un hecho único dentro de la amplia trayectoria personal del recurrente en España que, además, finalmente no ha visto confirmada su relevancia penal ya que concluyen por sentencia absolutoria.

Conviene tener presente la STS, Sala 3 Sec. 6 del 19 de diciembre de 2008 (Recurso: 8528/2004) en la que se indica que “es criterio de esta Sala que el mero hecho de haber sido objeto de diligencias penales no es obstáculo insalvable para considerar satisfecho el requisito de la ‘buena conducta cívica’, siempre que, por supuesto, se desprendan del expediente administrativo otros datos de signo positivo que lo justifiquen».

Dados los aspectos positivos en lo laboral, social, fiscal etc. que se han puesto de manifiesto, hemos de entender desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procede estimar el recurso y anular dicha resolución por ser conforme al ordenamiento jurídico».

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 17 de mayo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 893/2008.

## Nacionalidad

**Ponente:** Don Diego Córdoba Castroverde.

**Voz:** Nacionalidad por residencia. Buena conducta cívica. Procedimiento penal sobreesido.

**Resumen:** Nacionalidad española por residencia: concesión. Buena conducta cívica: el solicitante fue detenido por delitos de falsificación de moneda y estafa, pero el procedimiento penal contra él fue sobreesido.

«El presente recurso impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 28 de agosto de 2008 por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica “ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 11 de marzo de 2003 por estafa y robo y de fecha 1 de febrero de 2003 por falsificación de moneda y estafa. El sobreesimiento provisional de los mismos no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante”.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que el informe del Juez Encargado del Registro pone de manifiesto que el recurrente ha acreditado su buena conducta, la carencia de antecedentes penales y el conocimiento de la lengua castellana así como la adaptación al estilo y vida española, disponiendo de medios de vida. Y que si bien es cierto que fue detenido, tal y como se indica en la resolución administrativa, carece de antecedentes penales y los procesos judiciales iniciados fueron sobreesidos por lo que la resolución administrativa vulnera la presunción de inocencia y trata de invertir la carga de la prueba. Considera que la toma en consideración de unos antecedentes penales o policiales cancelados por rehabilitación, según doctrina del Tribunal Constitucional, puede suponer una infracción del principio constitucional de legalidad de la pena y de la finalidad de la misma.

(...).

Y con relación a la citada cuestión consideramos que existen datos indicativos de la integración y

buen comportamiento del recurrente durante su largo período de residencia legal en España. El recurrente tiene permiso de residencia desde octubre de 1996 (interrumpido desde marzo de 2000 hasta junio de 2001 y desde diciembre de 2002 hasta mayo de 2003) y en la actualidad tiene tarjeta de residente comunitario. También consta un informe de vida laboral y cotización a la Seguridad Social a fecha de la solicitud de 497 días (1 año y 4 meses) de modo que resulta acredita su integración laboral en nuestro país desde diciembre de 2001 hasta octubre de 2005.

Y por lo que respecta a su detención policial por su supuesta participación en hechos delictivos, lo cierto es que en relación con estos hechos el Juzgado de Instrucción núm. 14 de Sevilla dictó el 7 de noviembre de 2003 Auto de sobreesimiento provisional (artículo 641.1 de la LECrim) en relación con el recurrente (también conocido como Sabino) dado que el Ministerio Fiscal no formuló acusación respecto al recurrente por estos hechos continuando dicho procedimiento respecto de otros implicados por introducción de tarjetas de crédito falsas y delito continuado de estafa. Es por ello que no puede tomarse en consideración esta detención policial dado que dichas actuaciones se sobreesieron en lo que a la participación del recurrente se refiere, continuándose, sin embargo, respecto de otros inculcados, habiendo manifestado el Ministerio Fiscal su intención de no continuar el procedimiento contra él, lo que pone de manifiesto la desconexión del recurrente con los hechos delictivos por los que fue detenido y consecuentemente no puede tomarse en consideración dicha detención policial como un antecedente revelador de una mala conducta cívica durante su estancia en nuestro territorio».

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 27 de mayo de 2010.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 1009/2008.

## Régimen comunitario

**Ponente:** Doña Isabel García García-Blanco.

**Voz:** Nacionalidad por residencia. Falta de buena conducta cívica: malos tratos.

**Resumen:** Nacionalidad por residencia: denegación. Buena conducta cívica: ausencia, por condena por delito de lesiones y delito de malos tratos familiares próximos en el tiempo a la solicitud.

«En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 29 de noviembre de 2002, siendo el recurrente nacional de Marruecos, y gozando de permiso de residencia y trabajo desde el 9 de agosto de 1991. Está casado con nacional marroquí y tiene dos hijos nacidos en España que han optado por la nacionalidad española.

El expediente refleja que el recurrente fue condenado en sentencia de 13 de junio de 2006 por un delito de lesiones, dos faltas de lesiones y un delito de maltrato habitual. Los hechos ocurrieron entre abril de 1999 y junio del 2000. Nos encontramos por tanto ante hechos graves y reiterados sin que se hayan aportado ni en vía administrativa ni ante esta jurisdicción, con incumplimiento de la carga positiva de prueba que incumbe al actor, el contenido de los particulares de interés de tales actuaciones penales que permitan concluir cuál es el motivo de que los hechos no se hayan enjuiciado hasta 2006 y que el recurrente es totalmente ajeno a cualquier dilación, así como el concreto devenir de la ejecutoria penal en el cumplimiento de las penas impuestas (además de las penas privativas de libertad se establecían multas y prohibición de aproximarse y comunicarse con la agredida).

Por tanto es indudable que el recurrente se ha visto implicado en hechos con trascendencia penal, que merecen la calificación de graves y, además, ocurridos en fechas próximas e inmediatamente anteriores a la solicitud de nacionalidad, cuyas consecuencias judiciales se mantienen en el tiempo. La gravedad de tales circunstancias no puede compensarse por el simple hecho de que se haya venido residiendo legalmente y trabajando en España.

Además ni siquiera se han aportado declaraciones de impuestos o una hoja de vida laboral que permita concluir que la amplia permanencia en España que se remonta a 1991 se ha visto correspondida con una mantenida y regularizada actividad laboral por cuenta propia o ajena.

No se trata: “de que, como ocurre en el caso de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza, hayan de concurrir circunstancias excepcionales (artículo 21.1) en el extranjero que solicita la nacionalidad por residencia, pero sí de subrayar que, siendo como es reglado el otorgamiento en este caso, ese estándar medio de conducta sea escrupulosamente respetado. Y es natural que sea así, porque la adquisición de la nacionalidad les convierte en ciudadanos españoles lo cual supone (artículo 23 CE) que adquieren el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”. “... desplazando hacia el solicitante la carga de probar que viene observando una conducta de tales características”; (TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003).

Por todo ello, no desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procede desestimar el recurso y confirmar dicha resolución por ser conforme al ordenamiento jurídico».

## RÉGIMEN COMUNITARIO

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 13 de abril de 2010.

## Régimen comunitario

**Cuestión prejudicial:** C-73/08.

**Ponente:** Sr. Malenovsky.

**Voz:** Ciudadanía de la Unión: libertad de residencia. Principio de no discriminación. Acceso a la enseñanza superior.

**Resumen:** Libertad de residencia: acceso a la enseñanza superior: los artículos 18 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se oponen a una normativa nacional que limita el número de estudiantes no considerados residentes en Bélgica que pueden matricularse por primera vez en ciertos estudios sanitarios impartidos en centros de enseñanza superior, a menos que el órgano jurisdiccional remitente, una vez apreciada toda la información pertinente aportada por las autoridades competentes, declare que dicha normativa resulta justificada desde el punto de vista del objetivo de protección de la salud pública.

«El sistema de enseñanza superior de la *Communauté française* se basa en el libre acceso a la formación, sin limitación de la matrícula de estudiantes.

No obstante, desde hace varios años esta *Communauté* viene observando un significativo aumento del número de estudiantes que llegan de otros Estados miembros distintos del Reino de Bélgica y se matriculan en sus centros de enseñanza superior, especialmente en nueve estudios sanitarios. Según la resolución de remisión, dicho aumento es debido sobre todo a la afluencia de estudiantes franceses hacia la *Communauté française* dado que en ésta se imparte la enseñanza superior en la misma lengua que en Francia y que este último Estado ha restringido el acceso a tales estudios.

Al considerar que el número de esos estudiantes había alcanzado una cifra demasiado elevada en tales estudios, la *Communauté française* adoptó el Decreto de 16 de junio de 2006.

Los días 9 de agosto y 13 de diciembre de 2006, los recurrentes en los litigios principales interpusieron un recurso de anulación contra dicho Decreto ante la *Cour constitutionnelle*.

Parte de estos recurrentes son estudiantes, sobre todo franceses, no comprendidos en ninguna de las categorías a que se refiere el artículo 1 del Decreto de 16 de junio de 2006, que presentaron una solicitud de matrícula para el curso académico 2006-2007 en un centro de enseñanza superior de la *Communauté française* con el fin de cursar en ella uno de los estudios contemplados en dicho Decreto.

Al exceder el número de estudiantes no residentes el límite establecido por el citado Decreto, los centros afectados realizaron un sorteo entre tales estudiantes que resultó desfavorable para los recurrentes en los litigios principales. Por consiguiente, dichos centros rechazaron su solicitud de matrícula.

Otra parte de los recurrentes en los litigios principales son profesores de universidades y centros de enseñanza superior a los que se refiere el Decreto de 16 de junio de 2006, que estiman que la aplicación de éste amenaza, de manera directa e inmediata, sus puestos de trabajo, ya que provocará a largo plazo una disminución del número de estudiantes matriculados en sus centros de enseñanza.

En apoyo de su recurso, los recurrentes en los litigios principales alegan fundamentalmente que el Decreto de 16 de junio de 2006 vulnera el principio de no discriminación al tratar de manera diferente, sin justificación válida alguna, a los estudiantes residentes y a los no residentes. En efecto, mientras que los estudiantes residentes continúan disfrutando de acceso libre a los estudios contemplados en dicho Decreto, el acceso de los estudiantes no residentes a tales estudios se limita de modo que el número de estudiantes de esta categoría matriculados en dichos estudios no puede exceder del 30%.

El órgano jurisdiccional remitente ha expresado dudas respecto a la legalidad del Decreto de 16 de junio de 2006, considerando que las disposiciones de la Constitución belga, cuyo control le compete y cuya violación se alega, deben interpretarse tenien-

## Régimen comunitario

do en cuenta los artículos 12 CE, párrafo primero, 18 CE, apartado 1, 149 CE, apartados 1 y 2, segundo guión, y 150 CE, apartado 2, tercer guión.

En estas circunstancias, la *Cour constitutionnelle* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Deben interpretarse los artículos 12 (CE), párrafo primero y 18 (CE), apartado 1, en relación con el artículo 149 (CE), apartados 1 y 2, segundo guión, y con el artículo 150 (CE), apartado 2, tercer guión, en el sentido de que impiden que una Comunidad autónoma de un Estado miembro competente en materia de enseñanza superior, que se enfrenta a una afluencia de estudiantes de un Estado miembro vecino en varias carreras sanitarias, financiadas principalmente mediante fondos públicos, como consecuencia de la política restrictiva aplicada en ese Estado vecino, adopte medidas tales como las recogidas en el [Decreto de 16 de junio de 2006], a pesar de que dicha Comunidad invoca razones válidas para afirmar que existe el riesgo de que tal situación suponga una carga excesiva para los fondos públicos y afecte a la calidad de la enseñanza impartida?

2) ¿Cabría responder de otro modo a la primera cuestión si tal Comunidad demostrara que, como consecuencia de esta situación, el número de estudiantes residentes en dicha Comunidad que obtienen el título es demasiado bajo para disponer con carácter duradero de personal médico cualificado en cantidad suficiente para garantizar la calidad del régimen de salud pública en esa Comunidad?

3) ¿Cabría responder de otro modo a la primera cuestión si tal Comunidad, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 149 (CE), párrafo primero, *in fine*, y el artículo 13, apartado 2, letra c), del (Pacto), que contiene una obligación de *standstill*, optara por mantener un acceso amplio y democrático a una enseñanza superior de calidad para la población de esta Comunidad?”.

(...), el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Los artículos 18 TFUE y 21 TFUE se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que limita el número de estudiantes no considerados residentes en Bélgica que pueden matricularse por primera vez en ciertos estudios sanitarios impartidos en centros de enseñanza superior, a menos que el órgano jurisdiccional remitente, una vez apreciada toda la información pertinente aportada por las autoridades competentes, declare que dicha normativa resulta justificada desde el punto de vista del objetivo de protección de la salud pública.

2) Las autoridades competentes no pueden invocar el artículo 13, apartado 2, letra c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, si el órgano jurisdiccional remitente declara que el Decreto de la *Communauté française* de 16 de junio de 2006, por el que se regula el número de estudiantes en ciertos estudios de primer ciclo de enseñanza superior, no es compatible con los artículos 18 TFUE y 21 TFUE».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 15 de abril de 2010.

**Cuestión prejudicial:** C-542/08.

**Ponente:** Sr. Kuris.

**Voz:** Libre circulación de trabajadores. Complemento especial de antigüedad. Plazo de prescripción.

**Resumen:** Libre circulación de trabajadores: Profesor de Universidad de nacionalidad alemana que fue nombrado profesor de la Universidad de Viena y adquirió la nacionalidad austríaca. Antigüedad: Solicitud del complemento especial de antigüedad teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestado en una Universidad alemana con anterioridad. Prescripción de acciones: La aplicación de un plazo de prescripción de tres años no se considera constitutiva de una discriminación indirecta al trabajador. Tampoco cons-

## Régimen comunitario

tituye una restricción a la libre circulación de trabajadores. No se opone a la normativa comunitaria la aplicación de un plazo de prescripción a la solicitud de pago de un complemento especial de antigüedad, del que un trabajador fue privado con anterioridad con arreglo a una legislación nacional incompatible con el Derecho Comunitario.

«De la resolución de remisión se desprende que el demandante en el litigio principal, de nacionalidad alemana, ejerció entre el 1 de enero de 1975 y el 28 de febrero de 1987 el cargo de profesor de universidad en la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Fráncfort del Meno (Alemania). Fue nombrado, con efectos a 1 de marzo de 1987, profesor ordinario de universidad en la Universidad de Viena (Austria). Debido a dicho nombramiento, el demandante adquirió también la nacionalidad austriaca.

Al no haberse tenido en cuenta los períodos de servicio cubiertos por el demandante en el litigio principal en la Universidad de Fráncfort del Meno para recibir el complemento especial de antigüedad previsto en el artículo 50 *bis*, apartado 1, de la GehG, el interesado no percibió dicho complemento.

Después de que, teniendo en cuenta la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, Rec. p. I-10239), el legislador austriaco modificara la GehG mediante la Ley 130/2003, publicada en el BGBl. I, el demandante en el litigio principal solicitó, mediante escrito de 2 de marzo de 2004 dirigido a la Universidad de Viena, la adaptación de su complemento especial de antigüedad para que se tuviera en cuenta el período en el que había ejercido su actividad en la Universidad de Fráncfort del Meno. La resolución adoptada tras dicho recurso administrativo preveía, en su artículo 1, que el demandante en el litigio principal podía pretender percibir desde el 1 de enero de 1994 el complemento especial de antigüedad si se tomaba en cuenta el referido período. No obstante, en el artículo 2 de dicha decisión se enunciaba que la adaptación de dicho complemento de conformidad con el artículo 1 produciría

efecto, en materia de remuneración, a partir del 1 de octubre de 2000.

En el recurso interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente, el demandante en el litigio principal, que únicamente impugna expresamente el artículo 2 de la referida resolución, no cuestiona la fecha en que se consideró, en su artículo 1, que podía esperar la actualización del complemento especial de antigüedad. Alega esencialmente que la aplicación, hecha en el artículo 2 de la misma resolución, de la regla de prescripción es incompatible con el Derecho comunitario, en particular, con el artículo 39 CE.

Por considerar que la solución del litigio del que conoce requiere la interpretación del Derecho comunitario, el Verwaltungsgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿La aplicación de una regla de prescripción de tres años respecto a un complemento especial de antigüedad que, en un caso como el del procedimiento principal, le fue negado a un trabajador migrante con arreglo a una legislación nacional contraria al Derecho comunitario antes de la sentencia [Köbler, antes citada] constituye una discriminación indirecta de los trabajadores migrantes en el sentido del artículo 39 CE y del artículo 7, apartado 1, del Reglamento (...) núm. 1612/68 o una restricción de la libre circulación de los trabajadores garantizada en esas disposiciones?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Se oponen el artículo 39 CE y el artículo 7, apartado 1, del Reglamento (...) núm. 1612/68, en un caso como el del procedimiento principal, a la aplicación de dicho plazo de prescripción a un complemento especial de antigüedad que le fue negado a un trabajador migrante con arreglo a una legislación nacional contraria al Derecho comunitario antes de la sentencia [Köbler, antes citada]?

## Régimen comunitario

3) En circunstancias como las del procedimiento principal, ¿se opone el principio de efectividad a que se aplique una regla de prescripción de tres años cuando se hacen valer derechos al complemento especial de antigüedad adquiridos en un tiempo pasado y que fueron negados, en infracción del Derecho comunitario, con arreglo a disposiciones nacionales inequívocamente formuladas?».

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara: El Derecho de la Unión no se opone a una normativa, como la controvertida en el litigio principal, que somete a un plazo de prescripción de tres años las solicitudes de pago de los complementos especiales de antigüedad, de los que un trabajador que ejercitó sus derechos de libre circulación fue privado con anterioridad a la sentencia Köbler (C-224/01), con arreglo a una legislación nacional incompatible con el Derecho comunitario».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 20 de mayo de 2010.

**Recurso por incumplimiento:** C-158/09.

**Ponente:** Sr. Levits.

**Voz:** Falta de adaptación del derecho interno español. Ordenación del tiempo de trabajo del personal no civil de la Administración.

**Resumen:** Declaración de incumplimiento por parte del Reino de España en orden a adoptar las medidas de adaptación del derecho interno dentro del plazo establecido. Falta de adaptación del Derecho español a la Directiva 2003/88/CE, en relación con la ordenación del tiempo de trabajo del personal no civil de la Administración Pública. Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre. Adaptación incompleta del Derecho interno, referida al personal no civil del Ministerio de Defensa y no al de las Administraciones Públicas en general.

«Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en

virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 299, p. 9), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas.

Según su primer considerando, la Directiva 2003/88 procede a codificar las disposiciones de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p. 18), en su versión modificada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000 (DO L 195, p. 41). El artículo 27 de la Directiva 2003/88 establece que queda derogada la Directiva 93/104, en su versión modificada, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a los plazos de transposición que figuran en el anexo I, parte B, de la Directiva 2003/88, siendo el último de estos plazos el 1 de agosto de 2003.

Al no haber sido informada de las medidas adoptadas para adaptar el Derecho español a la Directiva 2003/88 en relación con el personal no civil de las Administraciones Públicas, la Comisión inició el procedimiento por incumplimiento. Tras requerir al Reino de España para que presentara sus observaciones, la Comisión emitió un dictamen motivado, el 23 de octubre de 2007, en el que instaba al citado Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse a dicho dictamen dentro de un plazo de dos meses contado a partir de su notificación.

En su contestación, remitida el 14 de enero de 2008, el Reino de España informó a la Comisión de que no se opone a que se aplique la Directiva 2003/88 al personal no civil de la Administración Pública española y que la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, en su versión modificada por la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio, adapta el Derecho interno

## Régimen comunitario

a dicha Directiva en relación con los militares profesionales de las Fuerzas Armadas pertenecientes al Ministerio de Defensa. El Reino de España declaró, además, que están en curso los trámites legislativos con objeto de adaptar el Derecho interno a dicha Directiva por lo que respecta al personal de la Guardia Civil, cuerpo especial al que no se aplica la referida Orden Ministerial, en su versión modificada, y que algunas disposiciones de la Directiva se aplican ya a través de Circulares y Órdenes Generales.

Según la Comisión, la citada Orden Ministerial, en su versión modificada, sólo constituye una adaptación incompleta del Derecho interno a la Directiva 2003/88 puesto que únicamente se refiere al personal no civil perteneciente al Ministerio de Defensa y no al de las Administraciones Públicas en general, al de la Policía Aduanera en particular y, concretamente, al de la Guardia Civil. En consecuencia, la Comisión interpuso el presente recurso.

El Reino de España no discute que, al término del plazo establecido en el dictamen motivado, no se habían adoptado aún todas las medidas necesarias para adaptar el Derecho interno a la Directiva 2003/88. Sin embargo, por lo que respecta a la Guardia Civil, estaban en curso los trámites para llevarlo a cabo.

Sobre este particular, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al finalizar el plazo fijado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 17 de enero de 2008, Comisión/Alemania, C-152/05, Rec. p. I-39, apartado 15, y de 25 de febrero de 2010, Comisión/Francia, C-170/09, apartado 6).

Pues bien, en el presente caso, ha quedado acreditado que, al término del plazo establecido en el dictamen motivado, no se habían adoptado las medidas

destinadas a adaptar completamente el ordenamiento jurídico español a la Directiva 2003/88.

De lo anterior se desprende que debe considerarse fundado el recurso interpuesto por la Comisión.

En consecuencia, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2003/88, al no haber adoptado, dentro del plazo establecido, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas.

Costas

En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas al Reino de España y haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) decide:

- 1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, al no haber adoptado, dentro del plazo establecido, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas.
- 2) Condenar en costas al Reino de España».

## Régimen comunitario

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 10 de junio de 2010.

**Cuestión Prejudicial:** C-395 y 396/08.

**Ponente:** Sr. Lindh.

**Voz:** Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Igualdad de trato. Cálculo de la antigüedad a efectos de la pensión de jubilación.

**Resumen:** Contrato de trabajo a tiempo parcial: Principio de igualdad de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo. Interpretación de la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Normativa italiana referente a la determinación de la antigüedad adquirida a fin de calcular los derechos a pensión de jubilación. Normativa que excluye los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad y que se opone a la normativa comunitaria, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

«Los recurridos en el litigio principal forman parte del personal de cabina de la compañía aérea Alitalia. Estos trabajadores trabajan a tiempo parcial según la fórmula denominada “trabajo a tiempo parcial vertical cíclico”. Se trata de un modo de organización con arreglo al cual el trabajador sólo trabaja determinadas semanas o meses del año, a jornada completa o reducida. Sostienen que, debido a la naturaleza del trabajo del personal de cabina, la única modalidad de trabajo a tiempo parcial que prevé su convenio colectivo es la de trabajo a tiempo parcial vertical cíclico.

Estos trabajadores reprochan al INPS haber tomado en consideración, en concepto de períodos de cotización útiles para la adquisición de derechos a pensión, únicamente los períodos trabajados excluyendo los períodos no trabajados correspondientes a su reducción de jornada con respecto a los trabajadores a tiempo completo comparables. De este modo, interpusieron recursos ante el Tribunale di Roma para impugnar los cálculos individuales de los períodos de cotización que el INPS les había enviado. En sus recursos, los trabajadores sostenían, en esen-

cia, que la exclusión de los períodos no trabajados equivalía a establecer una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial de tipo vertical cíclico y aquellos que habían elegido la fórmula denominada “horizontal”, dado que, a pesar de que la duración de la relación laboral era equivalente, éstos estaban en una situación más ventajosa. Toda vez que ese tribunal estimó los recursos, el INPS interpuso recursos de apelación ante la Corte d’appello di Roma. En apoyo de estos recursos, el INPS alega, en esencia, que los períodos de cotización pertinentes para el cálculo de las pensiones son aquellos en los que los recurridos en el litigio principal han trabajado realmente y que han generado tanto remuneración como pago de cotizaciones, cálculo que se ha realizado *pro rata temporis*.

En estas circunstancias, la Corte d’appello di Roma decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, que están formuladas de modo idéntico en los dos litigios principales:

“1) ¿Es conforme con la Directiva 97/81, en particular con la cláusula 4 [del Acuerdo marco anexo], relativa al principio de no discriminación, la norma del Estado italiano (artículo 7, apartado 1, de la Ley núm. 638, [de 11 de noviembre de 1983]) que da lugar a que no se consideren períodos de cotización para la adquisición del derecho a pensión, los períodos en los que no se ha trabajado con arreglo al contrato a tiempo parcial vertical?

2) ¿Es conforme dicha norma nacional con la Directiva 97/81 y en particular con las cláusulas 1 [del Acuerdo marco anexo], en la que se prevé que la legislación nacional debe facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial, y 4 y 5 [del Acuerdo marco antes mencionado], que exigen a los Estados miembros eliminar los obstáculos de naturaleza jurídica que limiten el acceso al trabajo a tiempo parcial, dado que es indudable que el no tener en cuenta, a efectos de pensiones, las semanas en las que no se ha trabajado constituye un obstáculo importante a

## Régimen comunitario

la decisión de optar por el trabajo a tiempo parcial de tipo vertical?

3) ¿La cláusula 4 [del Acuerdo marco antes mencionado], relativa al principio de no discriminación, puede extenderse asimismo al ámbito de los diversos tipos de contrato a tiempo parcial, habida cuenta de que, en virtud de la legislación nacional, en el caso del trabajo a tiempo parcial de tipo horizontal, *a igualdad de horas trabajadas y retribuidas en el año natural*, se consideran útiles todas las semanas del año natural, a diferencia de lo que sucede en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical?».

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) En relación con las pensiones de jubilación, la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a tal pensión, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

2) En el supuesto en que el tribunal remitente llegue a la conclusión de que la norma nacional controvertida en los litigios principales es incompatible con la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81, procederá interpretar las cláusulas 1 y 5, apartado 1, de éste en el sentido de que se oponen también a tal norma».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 17 de junio de 2010.

**Cuestión prejudicial:** C-31/09.

**Ponente:** Sr. Cunha Rodrigues.

**Voz:** Apátrida de origen palestino. Reconocimiento del estatuto de refugiado.

**Resumen:** Refugiado: Apátrida de origen palestino que no ha solicitado la protección ni la asistencia del Organismo de Obras Públicas y Socorro a los refugiados de Palestina en el Cercano Oriente. Solicitud de refugio. Denegación por parte de Hungría por incumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados. Aplicación de la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional. Protección y asistencia efectiva por un organismo de Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

«De la resolución de remisión se desprende que la Sra. Bolbol, tras abandonar la Franja de Gaza en compañía de su marido, entró en Hungría, provista de un visado, el 10 de enero de 2007. En ese Estado la autoridad encargada de la inmigración le concedió acto seguido un permiso de residencia.

El 21 de junio de 2007, la Sra. Bolbol presentó una solicitud de asilo ante el BAH para el caso de que no se le renovara su permiso de residencia, invocando la situación de inseguridad que reinaba en la Franja de Gaza como consecuencia de los enfrentamientos diarios entre Al Fatah y Hamas. La Sra. Bolbol fundamentó su solicitud en el artículo 1, sección D, segunda frase, de la Convención de Ginebra, alegando su situación de palestina residente fuera de la zona de operaciones del OOPS. Su padre es el único miembro de la familia que permanece en la Franja de Gaza.

Según la resolución de remisión, la Sra. Bolbol no obtuvo protección y asistencia del OOPS. No obstante, la interesada sostiene que hubiera podido recibirlas, alegando en apoyo de dicha afirmación la existencia de una tarjeta de registro en el OOPS a nombre de la familia de los primos de su padre.

## Régimen comunitario

La demandada en el litigio principal pone en duda el vínculo familiar invocado por la Sra. Bolbol, a falta de cualquier prueba documental. Por otra parte, pese a los trámites emprendidos por ésta ante el OOPS, este organismo no fue capaz de certificar el derecho de la Sra. Bolbol a inscribirse en el mismo sobre la base de sus vínculos familiares.

En su resolución de 14 de septiembre de 2007, la demandada en el litigio principal denegó la solicitud de asilo de la Sra. Bolbol, si bien declaró que no se le podía aplicar una medida de expulsión.

La denegación de la solicitud de asilo de la Sra. Bolbol se basa en el artículo 3, apartado 1, de la Ley sobre el derecho de asilo. Según los fundamentos de la resolución de remisión, el artículo 1, sección D, segunda frase, de la Convención de Ginebra no obliga a reconocer de modo incondicional el estatus de refugiado, sino que delimita la categoría de personas a las que se aplican las disposiciones de dicha Convención. De ello resulta, según la resolución de remisión, que los palestinos deben tener acceso al procedimiento que conduce a la obtención del estatus de refugiado y que procede comprobar si responden al concepto de “refugiado” en el sentido del artículo 1, sección A, de dicha Convención. Según la propia resolución, no puede concederse a la Sra. Bolbol el estatus de refugiado, puesto que no le es aplicable el artículo 1, sección A, al no haber abandonado su país de origen como consecuencia de persecuciones por motivos de pertenencia racial o religiosa, de nacionalidad o por razones políticas.

De la resolución de remisión se desprende que la Sra. Bolbol se beneficia de una prohibición de expulsión basada en los artículos 38 de la Ley sobre el derecho de asilo y 51, apartado 1, de la Ley relativa a la entrada y residencia, ya que la readmisión de palestinos está supeditada a la voluntad de las autoridades israelíes y que debido a la situación crítica que reina en la Franja de Gaza, se expondría a la tortura o a un trato inhumano y degradante.

La Sra. Bolbol solicita al órgano jurisdiccional remitente que modifique la resolución denegatoria del BAH y le reconozca el estatus de refugiado sobre la base del artículo 1, sección D, segunda frase, de la Convención de Ginebra, que, en su opinión, constituye un fundamento autónomo para el reconocimiento del estatus de refugiado. En efecto, dado que se cumplen los requisitos exigidos por dicha disposición, sostiene que tiene derecho a que se le conceda el estatus de refugiado con independencia de que se le considere refugiada en el sentido de la sección A de dicho artículo. En opinión de la Sra. Bolbol, la función del mencionado artículo 1, sección D, es precisar que, si una persona registrada o que puede registrarse en el OOPS reside por cualquier motivo fuera de la zona de operaciones de dicho organismo y, por razones graves, no se puede esperar que regrese, los Estados contratantes de la Convención de Ginebra deben reconocerle de modo automático el estatus de refugiado. Habida cuenta de que, por línea paterna, puede registrarse en el OOPS, pero reside en Hungría, y, por tanto, fuera de la zona de operaciones de dicho organismo, se le debe reconocer el estatus de refugiado sin proceder a ningún otro examen.

La demandada en el litigio principal solicita que se desestime el recurso, alegando que la petición de la Sra. Bolbol de que se le conceda el estatus de refugiado carece de fundamento, ya que la interesada no abandonó su país por una de las razones que enumera el artículo 1, sección A, de la Convención de Ginebra y que la sección D de dicho artículo no constituye automáticamente un título para la concesión del estatus de refugiado, sino que es únicamente una disposición relativa al ámbito de aplicación personal de la mencionada Convención. Por tanto, los palestinos sólo pueden obtener dicho estatus si responden a la definición del concepto de “refugiado” establecido en el artículo 1, sección A, de dicha Convención, extremo que debe comprobarse caso por caso.

El órgano jurisdiccional remitente señala que la cuestión jurídica planteada en el litigio principal

## Régimen comunitario

debe resolverse a la luz del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva. Como la demanda se interpuso en el litigio principal el 21 de junio de 2007, fecha en la que el Derecho húngaro aún no se había adaptado al mencionado artículo, procede aplicar directamente en el caso concreto las disposiciones del Derecho de la Unión.

El tribunal remitente considera que el artículo 1, sección D, de la Convención de Ginebra puede interpretarse de varias maneras. En octubre de 2002, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados adoptó una guía sobre “la aplicación del artículo 1, sección D, de la Convención de Ginebra a los refugiados palestinos”. Sin embargo, la guía no proporciona indicaciones suficientemente claras e inequívocas para garantizar la aplicación uniforme de dicha disposición a los palestinos. Dado que la Directiva incluye una referencia al mencionado artículo 1, sección D, el Tribunal de Justicia está facultado para deducir el sentido de éste.

En esas circunstancias, el Fővárosi Bíróság (tribunal de Budapest) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“A efectos de la aplicación del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo:

1) ¿Procede considerar que una persona recibe protección y asistencia de un organismo de las Naciones Unidas por el mero hecho de que tiene derecho a dicha protección o asistencia, o es necesario que haya obtenido efectivamente la protección o la asistencia?

2) ¿El cese de la protección o asistencia del organismo se refiere a la estancia fuera del área de operaciones del organismo, al cese de la actividad del organismo, al hecho de que el organismo ya no pueda otorgar la protección o asistencia, o bien a un impedimento objetivo por el cual la persona legitimada no pueda obtener la protección o asistencia?

3) ¿Los beneficios del régimen de la Directiva significan el reconocimiento del estatuto de refugiado, o de cualquiera de las dos formas de protección incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (estatuto de refugiado y estatuto de protección subsidiaria) en función de lo que decida el Estado miembro, o en su caso [no implican el reconocimiento automático de] ninguna de ambas formas, sino [que llevan] únicamente [a considerar que el interesado está comprendido en el] ámbito de aplicación subjetiva de la Directiva?”

(...) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

A efectos de la aplicación del artículo 12, apartado 1, letra a), primera frase, de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, una persona recibe protección o asistencia de un organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados cuando esa persona obtiene efectivamente dicha protección o dicha asistencia».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 24 de junio de 2010.

**Cuestión prejudicial:** C-98/09.

**Ponente:** Sr. Pranas Kuris.

**Voz:** Contrato de trabajo de duración determinada. Sustitución de trabajador ausente.

**Resumen:** Contrato de trabajo de duración determinada. Interpretación del Acuerdo Marco sobre el contrato de duración determinada. Normativa italiana que suprime la obligación del empresario de indicar en los contratos los nombres de los trabajadores sustituidos y los motivos de la sustitución. No se opone al derecho comunitario euro-

## Régimen comunitario

peo. Contratos celebrados por escrito y nuevas condiciones compensadas por la adopción de otras garantías, que afecten sólo a un número determinado de trabajadores. Comprobación por parte del Tribunal remitente.

«Se deduce de la resolución de remisión que la Sra. Sorge fue contratada por Poste Italiane mediante un contrato de trabajo de duración determinada celebrado el 29 de septiembre de 2004. Se procedió a dicha contratación, según lo especificado en el contrato, “por motivos de sustitución relacionados con la exigencia específica de sustituir al personal asignado al servicio de entrega de la oficina principal de correos de Puglia Basilicata en el período comprendido entre el 1 de octubre de 2004 y el 15 de enero de 2005”.

El 18 de febrero de 2008, la Sra. Sorge interpuso un recurso contra Poste Italiane para que se declarara la ilegalidad de la cláusula que fija la duración temporal de dicho contrato, dado que no se habían indicado expresamente el nombre del trabajador sustituido y el motivo de la sustitución.

Poste Italiane refuta la obligación de indicar estas menciones, invocando que el artículo 11, apartado 1, del Decreto Legislativo núm. 368/2001 derogó el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Ley núm. 230/1962.

El tribunal remitente señala que el contrato controvertido en el litigio principal está regulado en el Decreto Legislativo núm. 368/2001, que tiene por objeto la adaptación del Derecho interno a la Directiva 1999/70. Éste derogó la Ley núm. 230/1962 así como las modificaciones de que había sido objeto, incluido su artículo 1, apartado 2, letra b).

Considera que de ello se desprende que desde ese momento el supuesto de sustitución de un trabajador está regulado por el artículo 1, apartado 1, del Decreto Legislativo núm. 368/2001, que se limita a permitir que “[pueda] fijarse un término a la duración del contrato de trabajo por cuenta ajena

por motivos (...) de sustitución de trabajadores”, sin exigir que figure en dicho contrato el nombre del trabajador sustituido y el motivo de su sustitución. Afirma que tal modificación constituye una reducción de la protección de los trabajadores.

En estas circunstancias, el Tribunale di Trani decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Debe interpretarse la cláusula 8 del Acuerdo marco recogido en la Directiva 1999/70/CE en el sentido de que se opone a una normativa interna (como la establecida en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 368/2001) que, al dar ejecución a la citada Directiva 1999/70/CE (...), ha derogado el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Ley núm. 230/1962, según el cual ‘el contrato de trabajo podía celebrarse por una duración determinada’ ‘cuando la contratación’ hubiera tenido lugar ‘para sustituir a trabajadores ausentes y para los cuales’ existiera ‘el derecho a la conservación del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo de duración determinada’ se indicase ‘el nombre del trabajador sustituido y el motivo de su sustitución’, reemplazando dicho artículo por una disposición que no exige esas especificaciones?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿está obligado el Juez nacional a excluir la aplicación de la normativa interna que se opone al Derecho comunitario?”

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) La cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que ha suprimido la obliga-

## Régimen comunitario

ción del empresario de indicar, en los contratos de duración determinada celebrados para sustituir a trabajadores ausentes, los nombres de dichos trabajadores y los motivos de su sustitución, y que se limita a establecer que tales contratos de duración determinada deben celebrarse por escrito e indicar los motivos del recurso a dichos contratos, siempre que estas nuevas condiciones se vean compensadas por la adopción de otras garantías o protecciones, o que afecten sólo a un grupo limitado de trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo de duración determinada, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente.

2) Toda vez que la cláusula 8, apartado 3, de dicho Acuerdo marco no tiene efecto directo, no corresponde al tribunal remitente, en el supuesto de que declare la incompatibilidad de la norma nacional controvertida en el litigio principal con el Derecho de la Unión, excluir la aplicación de dicha norma, sino interpretarla, en la medida de lo posible, de manera conforme con la Directiva 1999/70 y con la finalidad perseguida por dicho Acuerdo marco».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 1 de julio de 2010.

**Cuestión prejudicial:** C-194/08.

**Ponente:** Sr. Caoimh.

**Voz:** Seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada: exclusión del complemento salarial.

**Resumen:** Maternidad. Interpretación de la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada. Efecto directo de la normativa comunitaria. Trabajadora dispensada de la obligación de trabajar por riesgo durante el embarazo y disfrute posterior de permiso de maternidad. Derecho a una remuneración equivalente al salario medio anterior al embarazo, con exclusión del complemento salarial por obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

«La demandante en el litigio principal trabajó desde el 1 de enero de 1995 como médico interno en la clínica universitaria de anestesia de la Universidad de Graz (en lo sucesivo, “empresario”). Percibía un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo durante las horas extraordinarias que efectuaba además de sus horas normales previstas en el cuadro horario de servicio.

La demandante en el litigio principal dejó de trabajar a partir del 4 de diciembre de 2002 en aplicación, en un primer momento, del artículo 3, apartado 3, de la MSchG (prohibición de trabajar previa presentación de un certificado médico que indica que la continuación de la actividad profesional puede poner en peligro la vida o la salud de la madre o del hijo), a continuación en virtud del apartado 1 del mismo artículo 3 (prohibición de trabajar durante el plazo de ocho semanas), y por último conforme al artículo 5, apartado 1, de dicha Ley (prohibición de trabajar durante las ocho semanas posteriores al parto).

Mediante escrito de 9 de febrero de 2004, dirigido a su empresario, la demandante en el litigio principal expuso que, aunque durante el período de prohibición de trabajar, debido a su condición de mujer embarazada, y después a causa de su permiso de maternidad, no le fue posible prestar los servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo, tenía derecho no obstante a reclamar el pago de un complemento correspondiente al promedio de las prestaciones realizadas de disponibilidad en el lugar de trabajo. Solicitó por tanto el pago de las cantidades correspondientes al citado complemento.

Mediante decisión de 31 de agosto de 2004, su empresario denegó esa solicitud. Según él, las retribuciones pagadas por los diversos servicios de disponibilidad prestados en el lugar de trabajo durante el mes anterior al comienzo de la prohibición de trabajar no se incluyen en la cláusula de reserva prevista por el artículo 14 de la MSchG y no constituyen retribuciones accesorias a tanto alzado en

## Régimen comunitario

el sentido del artículo 15 de la GehG. El empresario afirmaba en particular que, durante el período de la prohibición de trabajar, la demandante en el litigio principal había percibido su remuneración, a saber, el salario mensual y los complementos, conforme al artículo 3, apartado 2, de la GehG, sin restricción alguna. En cambio, la demandante ya no había podido prestar servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo a causa de la prohibición de trabajar que le afectaba y debido a ello no había adquirido derecho alguno a retribución por servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo durante ese período. Según el empresario, el importe concreto del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo debe corresponder a los servicios efectivamente prestados, y no constituye una retribución accesoria a tanto alzado. Ese complemento no puede dar lugar en ningún caso a un cálculo mensual basado en un promedio.

La demandante en el litigio principal interpuso un recurso ante el tribunal remitente contra la resolución del Bundesminister de 9 de mayo de 2005 relativa a la denegación del mantenimiento del complemento controvertido, invocando el principio del Derecho de la Unión de igualdad de retribución entre hombres y mujeres.

Ante el tribunal remitente el Bundesminister sostiene que el mantenimiento sin restricción del pago de la remuneración de la demandante en el litigio principal correspondiente a su categoría de asistente universitaria, así como de los complementos previstos en el artículo 3, apartado 2, de la GehG durante el período de prohibición de trabajar que la afectaba, se ajusta plenamente a los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52). Aun cuando la sentencia de 30 de marzo de 2004, Alabaster (C-147/02, Rec. p. I-3101), ha precisado el principio

de no discriminación en el contexto de los aumentos salariales en general, el derecho que invoca la interesada no se refiere a su salario mensual ordinario, ni a un aumento general de éste.

El demandado en el litigio principal también destaca que, a diferencia de la gratificación de Navidad objeto del asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de octubre de 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243), el presente asunto se refiere a un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo, pagado en función de servicios efectivamente prestados en cada caso. La finalidad de ese complemento accesorio del salario es exclusivamente compensar el trabajo adicional del trabajador cuando se recurre a él para dichos servicios, fuera de las horas normales previstas en el cuadro horario de servicio. Si no se recurre a un trabajador para prestar servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo, éste no puede reclamar una retribución en tal concepto, con independencia de sus prestaciones laborales efectuadas en el marco de su servicio normal.

No está en discusión que la demandante en el litigio principal prestó servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo durante el período de referencia, previsto por el artículo 14, apartado 1, de la MSchG, antes de que comenzara el período de prohibición de trabajar que le afectó en virtud del artículo 3, apartado 3, de la misma Ley, ni que percibió por esas prestaciones un complemento calculado conforme al artículo 17 *bis* de la GehG.

Al estimar que no es posible dar una respuesta clara a las cuestiones suscitadas en el litigio del que conoce, en particular en relación con el artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85, el Verwaltungsgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) a) ¿Tiene efecto directo el artículo 11, puntos 1, 2 y 3, de la Directiva [92/85]?”

## Régimen comunitario

b) En caso afirmativo, ¿deben interpretarse las mencionadas disposiciones en el sentido de que, durante el período de prohibición de trabajar que afecta a las mujeres embarazadas y/o durante su permiso de maternidad, se mantiene el derecho a percibir un complemento por la ‘obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo’?

c) ¿Es ello así cuando el Estado miembro ha decidido establecer un sistema de mantenimiento de una ‘remuneración’ que comprende, en principio, todos los ingresos del trabajo, con la excepción no obstante de las denominadas retribuciones accesorias, según el artículo 15 de la [GehG], debidas por servicios prestados (vinculados con las tareas efectuadas), como el ‘complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo’ objeto del presente asunto?

2) En caso de que las mencionadas disposiciones carezcan de efecto directo, ¿deben los Estados miembros adaptar su Derecho interno a ellas de tal manera que una trabajadora, que durante el período de prohibición de trabajar que afecta a las mujeres embarazadas y/o durante el permiso de maternidad no preste servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo, tenga derecho al mantenimiento del pago del complemento por dichos servicios?”

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), tiene efecto directo y crea a favor de los particulares derechos que éstos pueden invocar frente a un Estado miembro que no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva, o lo haya adaptado de forma incorrecta, derechos que los tribunales nacionales están obligados a proteger.

2) El artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que una trabajadora embarazada dispensada provisionalmente de trabajar a causa de su embarazo tiene derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de su embarazo, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

3) El artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que una trabajadora que disfrute del permiso de maternidad tiene derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de dicho permiso, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 1 de julio de 2010.

**Cuestión prejudicial:** C-471/08.

**Ponente:** Sr. Caoimh.

**Voz:** Traslado provisional por riesgo durante el embarazo: complementos salariales.

**Resumen:** Maternidad. Interpretación de la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada. Traslado provisional por riesgo durante el embarazo. Método de cálculo de la remuneración aplicable. Importe promedio de los complementos salariales ligados al grupo profesional durante un período de referencia determinado.

«La demandante en el litigio principal ha trabajado al servicio de Finnair como azafata de vuelo desde el 8 de abril de 1998. Accedió a un puesto de jefa de cabina en octubre de 2005.

## Régimen comunitario

La demandante en el procedimiento principal se quedó embarazada a principios de 2007. El parto estaba previsto el 16 de octubre de 2007. Debido a su embarazo, el 30 de abril de 2007 fue destinada a un puesto de trabajo en tierra, correspondiente a actividad de oficina. Ocupó dicho puesto hasta el 15 de septiembre siguiente, fecha en la que comenzó su permiso de maternidad.

Dicho traslado de puesto de trabajo se produjo de conformidad con el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/85, y con las disposiciones pertinentes de la Ley del contrato de trabajo y de la Ley sobre seguridad en el trabajo, así como con el convenio colectivo. De los autos resulta que lo motivó el hecho de que el trabajo de la demandante en el litigio principal la exponía a agentes físicos, tales como las radiaciones ionizantes y no ionizantes, que podían causar lesiones fetales.

De la resolución de remisión se desprende que, al ser jefa de cabina, una parte importante de la remuneración global de la demandante en el litigio principal consiste en complementos. Los complementos pagados a los trabajadores pueden variar considerablemente, según se trate de una persona que tenga la condición de superior jerárquico, como un jefe de cabina, o bien de una azafata o un azafato. Esos trabajadores pueden percibir diferentes complementos, como, en particular, por trabajo nocturno, trabajo dominical, días de vacaciones, horas extraordinarias si la jornada laboral excede de 8 horas, vuelos de largo recorrido, o también por vuelos que impliquen un desfase horario. Además, las personas que tienen la misma categoría pueden efectuar una cantidad muy variable de horas de trabajo, lo que influye en el importe de los complementos pagados.

Los complementos representaban alrededor del 40% de la remuneración total de la demandante en el litigio principal antes de su traslado provisional a un puesto en tierra. El salario base mensual de ésta ascendía a 1.821,76 euros y su remunera-

ción mensual media a 3.383,04 euros. A raíz del citado traslado la remuneración mensual total de la demandante en el litigio principal se redujo en 834,56 euros.

Según la demandante en el litigio principal, Finnair no tenía derecho a disminuir su remuneración a raíz de su traslado provisional de puesto de trabajo, en particular al no tener en cuenta su condición de superior jerárquica. Sostiene que esa reducción constituye un comportamiento discriminatorio contrario a la Directiva 92/85 así como a la Ley 609/1986. En su recurso ante el tribunal remitente la demandante en el litigio principal reclamó el pago, por el período de que se trata, de una remuneración al menos equivalente a la que percibía en calidad de jefa de cabina.

Finnair solicitó que se desestimara el recurso. Sostuvo que la demandante en el litigio principal percibió durante su embarazo una remuneración superior a la que se paga a un trabajador que realiza habitualmente un trabajo en tierra equivalente. Además, cuando trabajaba como jefa de cabina, no habría podido reclamar un importe garantizado de complementos. En efecto, el importe de los complementos que se le pagan siempre depende de la cantidad y la clase de vuelos efectuados.

Considerando que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado aún sobre la interpretación que debe darse al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, y que la interpretación de esa disposición tiene gran importancia para la solución del litigio del que conoce, el Helsingin käräjäoikeus (tribunal de primera instancia de Helsinki) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

“¿Debe interpretarse el artículo 11, [punto] 1, de la Directiva [92/85] en el sentido de que debe pagarse a una trabajadora que, a causa de su embarazo, haya sido destinada a un puesto de trabajo en el que realiza tareas menos retribuidas que las anteriores,

## Régimen comunitario

una remuneración de importe equivalente a la que percibía como promedio antes de su traslado de puesto de trabajo? Por otra parte, ¿son pertinentes a estos efectos la clase y las causas de los complementos salariales que percibía la trabajadora, además del salario base mensual?”

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) debe interpretarse en el sentido de que una trabajadora embarazada que, conforme al artículo 5, apartado 2, de esa Directiva 92/85 haya sido provisionalmente destinada, a causa de su embarazo, a un puesto de trabajo en el que realiza tareas distintas de las que ejercía antes de ese traslado, no tiene derecho a la remuneración que percibía como promedio antes del citado traslado. Además del mantenimiento de su salario base, dicha trabajadora tiene derecho en virtud del citado artículo 11, punto 1, a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales. Si bien el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 no se opone a la utilización de un método de cálculo de la remuneración que debe pagarse a dicha trabajadora basado en el importe promedio de los complementos ligados a las condiciones de trabajo de todo el personal de vuelo perteneciente al mismo grupo salarial durante un período de referencia determinado, la falta de cómputo de los componentes de la remuneración o de los complementos antes referidos debe considerarse contraria a esa última disposición».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Fecha:** 8 de julio de 2010.

**Cuestión prejudicial:** C-246/09.

**Ponente:** Sr. Lindh.

**Voz:** Igualdad de trato en el empleo y la ocupación: Discriminación por razón de edad

**Resumen:** Derecho comunitario europeo. Interpretación de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Discriminación por razón de edad en el momento de la contratación. Normativa alemana que establece un plazo de dos meses para la reparación de daños. Plazo equivalente al establecido para cursos similares y cómputo del plazo adecuado al ejercicio de los derechos protegidos.

«El 16 de noviembre de 2007, la Sra. Bulicke, de 41 años de edad, respondió a un anuncio publicado por Deutsche Büro en un periódico para cubrir un puesto de trabajo. El anuncio estaba redactado como sigue:

“Buscamos personas motivadas para nuestro joven equipo en la City. ¿Te gusta hablar por teléfono? En ese caso, tu lugar está con nosotros. Te ofrecemos la posibilidad de ganar dinero con ello. ¿Tienes entre 18 y 35 años, buenos conocimientos de alemán y buscas un empleo a jornada completa? [...]”.

El 19 de noviembre de 2007 se informó telefónicamente a la Sra. Bulicke que su candidatura no había sido seleccionada. Dicha negativa se confirmó mediante escrito de 21 de noviembre de 2007 en el que se precisaba que todos los puestos habían sido cubiertos. No obstante, dos personas de 20 y 22 años respectivamente habían sido contratadas el 19 de noviembre de 2007.

Deutsche Büro publicó anuncios similares el 22 de noviembre de 2007, así como el 9 de abril, el 3 de septiembre y el 10 de septiembre de 2008. Todos esos anuncios contenían las expresiones “joven equipo” y “entre 18 y 35 años”.

## Régimen comunitario

El 29 de enero de 2008, la Sra. Bulicke interpuso una demanda ante el Arbeitsgericht Hamburg con objeto de ser resarcida por el perjuicio que consideraba haber sufrido a causa de la discriminación de la que se considera víctima.

Mediante sentencia de 10 de diciembre de 2008, el órgano jurisdiccional mencionado desestimó dicha demanda por considerar que la Sra. Bulicke no había reclamado previamente ante Deutsche Büro dentro del plazo fijado en el artículo 15, apartado 4, de la AGG.

La Sra. Bulicke interpuso un recurso ante el Landesarbeitsgericht Hamburg. En opinión de éste, ha quedado acreditado que la Sra. Bulicke no respetó el plazo del artículo 15, apartado 4, de la AGG.

El tribunal remitente se pregunta si el artículo 15, apartado 4, de la AGG es conforme con los principios de equivalencia y efectividad en la medida en que, por una parte, fuera del caso de los convenios colectivos no existen plazos de caducidad en el Derecho laboral sino únicamente plazos generales de prescripción como los del artículo 195 del BGB y, por otra parte, el referido plazo es demasiado breve para que quien solicita un empleo pueda hacer valer sus derechos.

También declara que el plazo previsto en el artículo 15, apartado 4, de la AGG es más corto que el que establecía el artículo 611a del BGB, en su versión vigente hasta el 17 de agosto de 2006, en materia de discriminación por razón de sexo. Por lo tanto, la nueva legislación supone un retroceso con respecto a la antigua.

En estas circunstancias, el Landesarbeitsgericht Hamburg decidió suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“Una legislación nacional que establece que [a falta de normas en los convenios colectivos de trabajo]

el plazo para reclamar por escrito una indemnización de daños y perjuicios por discriminación en el acceso al empleo de dos meses a partir de la recepción de la negativa a la contratación –o, según una interpretación de esta norma, desde que se tuvo conocimiento de la discriminación– ¿es contraria al Derecho primario de la CE (garantía del derecho a la tutela judicial efectiva) y/o al principio de Derecho comunitario de prohibición de la discriminación por razones de edad establecido en la Directiva (...), cuando, según el Derecho nacional, para formular reclamaciones equivalentes rige un plazo de prescripción de tres años, y/o a la prohibición de que se reduzca el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado (‘prohibición de empeoramiento’) establecida en el artículo 8 de la Directiva 2000/78/CE, cuando una norma nacional anterior establecía un plazo de caducidad más largo en caso de discriminación por razón de sexo?”.

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) El Derecho primario de la Unión y el artículo 9 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma nacional de procedimiento en cuya virtud la víctima de una discriminación por razón de edad en el momento de la contratación debe reclamar al autor de dicha discriminación la reparación de los daños materiales e inmateriales en un plazo de dos meses, siempre que:

– por una parte, dicho plazo no sea menos favorable que el relativo a recursos similares de carácter interno en materia de Derecho laboral, y

– por otra parte, la fijación del momento a partir del cual empieza a correr el plazo no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva.

## Régimen comunitario

Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar el cumplimiento de esos dos requisitos.

2) El artículo 8 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma proce-

sal nacional adoptada con el objetivo de adaptar el Derecho nacional a la Directiva, que tiene el efecto de modificar una normativa anterior en la que se prevé un plazo para reclamar una indemnización en caso de discriminación por razón de sexo».



LUIS LAFONT NICUESA

Fiscal adscrito al Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería

(luis.lafont@fiscal.es)

II

## La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas

# SUMARIO

### I. Introducción.

### II. Doctrina judicial.

### III. Doctrina del Ministerio Fiscal.

#### I. INTRODUCCIÓN

La materia<sup>1</sup> examinada plantea una serie de cuestiones capitales como el valor probatorio del pasaporte respecto de la edad y la posibilidad de que dicha eficacia probatoria pueda contradecirse por pruebas médicas practicadas bajo el control del Fiscal. La importancia de la materia se extiende al ámbito de protección del menor, a la posibilidad de que se le denuncie penalmente habiendo generado un intenso debate político<sup>2</sup>. En el presente trabajo nos ceñiremos al ámbito civil y a la doctrina generada en el marco de la protección y atención institucional a menores<sup>3</sup>.

(1) ARMENTEROS LEÓN, Miguel, «Actuaciones con menores extranjeros no acompañados», 2007, CD del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, expone con claridad la situación «Un problema que se ha planteado en la práctica es el relativo a casos en que a presuntos menores se les ha practicado la prueba de determinación de edad con resultado de mayoría de la misma y posteriormente aportan documentación auténtica de que son menores. En estos casos, en principio, habrá que estar a lo establecido en el documento cuya falsificación no puede determinarse, pero puede ocurrir que el documento sea auténtico en su forma, pero no en su contenido, es decir, casos de falsedad ideológica donde se obtienen, previo pago, documentos identificativos auténticos, donde se recogen datos falsos. En estos casos, la primera y mejor opción será la de efectuar gestiones con las autoridades del país del que procede el presunto menor para tratar de comprobar sus datos, a través de los pertinentes registros. Así se ha efectuado en Andalucía para los menores marroquíes; sin embargo en otros países como Ghana no existen registros fiables y es imposible comprobar los datos que constan en el documento».

(2) En Madrid y Álava, las entidades públicas, sobre la base de pruebas médicas realizadas sin el debido control del Fiscal dejaron sin efecto medidas de protección e interpusieron denuncias por falsedad documental al estimar que el pasaporte que reflejaba la minoría de edad era falso. En febrero de 2010, el diputado del Grupo Vasco EAJ-PNV y portavoz en materia de inmigración, Emilio Olabarriá, expuso en el Congreso de los Diputados la necesidad de que el Gobierno central unifiquen, en todas las fiscalías, la prueba ósea como criterio «único» para determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados, negando validez al pasaporte por cuanto muchos de ellos tienen la edad falsificada.

(3) Por tanto, queda fuera del presente trabajo el análisis de la doctrina judicial Contencioso-administrativa y Penal. Baste decir que en el orden jurisdiccional penal se inclinan por dar más valor al pasaporte la SAP de Álava 84/2004, de 2 de junio, el AAP de Zamora núm. 165/2004, de 30 de diciembre y la SAP de Vizcaya núm. 187/2005, de 8 de abril. Indirectamente

## II. DOCTRINA JUDICIAL

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santander, de 6 de mayo de 2004, resuelve un caso en que el menor aportaba un pasaporte expedido en su país de origen y una tarjeta de residencia dimanante de la Administración española con fecha de nacimiento el 20 de junio de 1985 lo que suponía que, a fecha de la resolución administrativa que acuerda extinguir la guarda y causar baja, el afectado tenía 17 años.

Sobre el valor del pasaporte, manifiesta la Resolución

«La Ley de Enjuiciamiento Civil, con más precisión que el propio Código Civil, diferencia entre los documentos puramente públicos del artículo 317 y los oficiales del artículo 319.2. La diferencia fundamental radica en su fuerza probatoria, pues mientras que los del artículo 317 acreditan por sí mismos su autenticidad, y, en consecuencia, hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas intervinientes, los del artículo 319.2 –calificación que reúnen tanto la tarjeta de residencia como el pasaporte– permiten establecer una presunción de veracidad, que lógicamente puede ser desvirtuada por el juego de otros medios de prueba... En definitiva, se trata de reconocer la presunción de veracidad de los hechos que documentan, que inevitablemente desplaza a la parte contraria la carga de probar su inexactitud.

Y el desplazamiento de la carga de probar la inexactitud de la fecha de nacimiento incorporada a la tarjeta de residencia y al pasaporte corresponde a la parte que niega su veracidad, es decir, a la Administración, (...) No habiéndose formulado tacha de inexactitud o impugnación expresa o tácita de la autenticidad de los anteriores documentos, bien por el cauce de nuestras normas procesales civiles (artículo 320 LEC, bien por la vía de considerar que ha existido un delito de falsedad (artículo 392 CP/1995), la única prueba que permitía desvirtuar la referida presunción de veracidad de la fecha de nacimiento citada es la prueba médica realizada».

Luego aludiré al mecanismo impugnatorio del pasaporte del artículo 320 LEC. Se deja claro que siendo el documento auténtico, como era en este caso, es posible que la prueba médica desvirtúe la declaración que recoge el documento judicial.

Con posterioridad, la Resolución judicial indaga sobre el contenido de la prueba médica realizada. Así, se señala que:

«(...) el método utilizado de Greulich y Pyle es adecuado para determinar la edad ósea, aunque no sea óptimo, pero sí el más empleado; la determinación de la edad cronológica mejora significativamente mediante la combinación de variables de edad ósea y edad dental, sin que la prueba para la determinación de esta última se haya practicado; la estimación de la edad ósea del hoy afectado –a

confieren mayor eficacia probatoria a la prueba médica la STS núm. 1015/2007, de 30 de noviembre y la SAP de Zaragoza núm. 168/09, de 24 de febrero. Aunque el AAP de Guipúzcoa núm. 339/2008, de 24 de julio y el AAP de Las Palmas de Gran Canarias núm. 210/2009 se producen dentro del marco penal pero dado que su fundamento descansa exclusivamente en normas procesales civiles y no proyectan las reglas de procedimiento criminal específicas en la materia las analizo junto a las resoluciones civiles.

En el Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo se inclinan a favor del pasaporte frente a las pruebas médicas, las STS (Sala 3.<sup>a</sup>), de 30 de abril de 2008 (rec. 7805/2004); SSTSJ de Madrid núm. 424/2006, de 10 de marzo y de Asturias núm. 90267/2008, de 27 de octubre; núm. 55/2010, de 22 de enero y núm. 278/2010, de 26 de marzo. A la prueba médica le otorgan prioridad las SSTSJ de Madrid núm. 834/2007, de 24 de mayo; núm. 20074/2007, de 5 de junio; núm. 20080/2007, de 5 de junio y núm. 546/2008, de 31 de marzo.

## La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas

### II

la vista de las tres pruebas realizadas, pues no se olvide que se realizaron otras dos con los siguientes resultados: 16, 17 años el 30 de septiembre de 2002 (folio 122 del expediente) y 19 años el 17 de octubre de 2002 (folio 114)– se concreta entre 17 a 19 años, aunque debe sobreestimarse esta última a la hora de establecer la edad cronológica; y, en fin, lo que resulta especialmente trascendente, como expreso en juicio, las pruebas médicas realizados sólo son pruebas complementarias para establecer la edad, en ningún caso definitivas... Se comprenderá que si la prueba de edad practicada que constituye el fundamento de la resolución impugnada no puede considerarse en modo alguno definitiva, porque es sólo complementaria y permite el error, la presunción de veracidad de los documentos oficiales no puede considerarse desvirtuada, con lo que debe estimarse la impugnación y la tesis al tiempo mantenida por el Ministerio Fiscal».

Estoy de acuerdo con el criterio seguido en tal Resolución. El método citado de Greulich-Pyle es fiable pero admite un amplio margen de error y es susceptible de mejora a través de una serie de pruebas técnicas adicionales<sup>4</sup>. Entiendo que, en sentido estricto, la prueba médica no es complementaria sino susceptible de ser mejorada. Dentro de una fiabilidad básica inicial admite diversos niveles de eficacia según el número de técnicas que se hayan seguido. El método de Greulich-Pyle hace a la prueba meramente provisional pero será definitiva una vez que se practique la prueba de clavícula ya que se reducirá sustancialmente el margen de error. En todo caso, la prueba médica tiene un carácter de prueba principal apta para dejar sin efecto el valor del pasaporte. Lo esencial es que el margen de error que resulte de la prueba médica sea ponderado en interés del menor eligiéndose el tramo inferior del abanico de edad<sup>5</sup>.

En el presente caso, tanto la prueba médica como el pasaporte no se contradecían estrictamente ya que de ambos instrumentos podía deducirse que era menor de edad. Así, del resultado de las diferentes pruebas médicas podía fijarse una horquilla de edad que oscilaba entre los 16 y los 19 años. El interés del menor exigía optar por la parte inferior de la horquilla al ser la que más le beneficia. En consecuencia, cabía entender en el caso examinado que el demandante era menor edad.

Sin entrar a valorar la eficacia jurídica del pasaporte, la Sentencia núm. 201/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, de 4 de mayo, examina la fiabilidad de la prueba médica concluyendo que «La determinación de la edad ósea presenta el problema de la fiabilidad ya que adolece de un serio riesgo de sobreestimación o subestimación de la edad biológica (...) el arco de edades posibles ha de tomar en consideración, como mínimo unos dieciocho meses de riesgo de sobreestimación de la edad y, dentro de este arco de edad, habrá que estar siempre a la

(4) Es de interés el informe del año 2009 elaborado por el Consejo General de la Abogacía de España y UNICEF que distingue un examen médico general, un estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda, un examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental y en aquellos casos dudosos con los estudios anteriormente recomendados y en los casos que se solicitan estimaciones de edad entre los 18 y los 21 años, se recomienda la aplicación del estudio radiográfico de la extremidad proximal de la clavícula. El informe incide en que «no se debe utilizar la técnica radiológica Greulich-Pyle con carácter sistemático y exclusivo para la determinación de la edad de toda persona susceptible de encuadrarse en el tratamiento jurídico derivado de dicho artículo 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y menos, cuando existan realmente dudas en torno a la edad de la persona –dicha prueba diagnóstica tiene un alto margen de error ...».

(5) En este sentido, la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social señala «Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasisimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla».

inferior, pues es lo que, en general, satisface el interés del menor,... a la vista de los informes no concluyentes ni coincidentes acerca de la edad de...». Vuelvo a insistir en que no es un problema de fiabilidad. En la medida en que el margen de error se incorpora a una horquilla de edad, existe un resultado fiable y concluyente que deberá interpretarse a favor del menor. En el caso resuelto, el informe forense fijaba la edad entre los 16 y más de 18 años. El examen radiológico oscilaba en torno a los 18 años. Nos encontraríamos ante dos informes no coincidentes pero tampoco tan distantes y que ofrecen un resultado concluyente. El informe forense fija una horquilla de 16 a 18 años y el radiológico establece una horquilla tácita de 17 a 19 años. Tomando el tramo inferior resulta que en todo caso es menor de edad y confirman la declaración de minoría de edad que se deduce del pasaporte.

La SAP de Guipúzcoa núm. 339/2007, de 18 de diciembre, da mayor valor al pasaporte. Examina inicialmente la concurrencia de los requisitos del artículo 323 LEC para otorgar al pasaporte la fuerza probatoria del artículo 319 LEC<sup>6</sup> y afirma

«En el caso concreto que nos ocupa, en ningún momento se ha cuestionado que el pasaporte de N se otorgase sin el cumplimiento de los requisitos que para ello se exigen en Marruecos (otra cosa distinta es que en Marruecos se exijan requisitos distintos a los requeridos en España a fin de otorgarse un pasaporte), por lo que el primero de los requisitos antes expuesto estaría cumplido, y en cuanto al segundo, la legalización o apostilla o demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, no podemos obviar que el documento de referencia es un pasaporte... es decir, es un documento con una validez internacional, por ello dicho documento, para que sea válido en España no precisa, en principio, de legalización o apostilla, al igual que cuando un ciudadano español se desplaza a Marruecos, o a cualquier otro país, basta con que tenga su pasaporte en regla para así poder acceder a dicho país sin que dicho pasaporte tenga que tener algún otro tipo de legalización complementaria ni mucho menos la referida apostilla, ya que el artículo 19 del RD 155/1996, de 2 de febrero, tan solo requiere que el pasaporte que se considere válido (y aquí no se ha cuestionado la validez del pasaporte de N) deberá estar expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia de su titular y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de identidad y nacionalidad de su titular.

5.- Por lo tanto, en este punto nos encontramos con un documento que cumple los requisitos exigidos en el artículo 323 de la LEC, es decir, nos encontramos con un documento público extranjero al

(6) El artículo 319 LEC bajo la rúbrica «Fuerza probatoria de los documentos públicos» establece «1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

2. La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado.

(...».

El artículo 323.2 LEC en la regulación de los documentos públicos extranjeros señala «Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España».

## La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas

### II

que cabe atribuírsele la fuerza probatoria prevista en el artículo 319.1.º, esto es, hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta, entre lo que se incluye... fecha de nacimiento. Como hemos expuesto anteriormente, dicho valor probatorio puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario, pero para ello habrá de acudir al artículo 320 LEC referido expresamente a dicho supuesto, es decir, si se cuestiona la validez o ineficacia del contenido de un documento público, habrá que cotejarse el mismo con su original... Trasladando todo lo anterior al caso concreto que nos ocupa, debemos señalar que, en principio, el pasaporte de N hacia prueba plena de su fecha de nacimiento, y si la Diputación entendía que dicho dato no era cierto o era inexacto, lo que tenía que haber hecho era cotejar el mismo mediante su comprobación a la vista del certificado de nacimiento de N, lo cual no ha hecho»<sup>7</sup>.

La Resolución judicial entiende que la prueba en contrario de la declaración de nacimiento del pasaporte debe hacerse por la vía del artículo 320 LEC mediante el cotejo del original. No comparto dicho criterio. El cotejo al que se refiere el artículo 320 LEC está previsto legalmente para el supuesto de que se impugne la autenticidad de un documento público. Éste no es el caso. No se duda de que el documento sea genuino. Lo que se cuestiona es que un determinado dato se corresponda con la realidad, la sospecha recae sobre la certeza de un hecho que el documento recoge, la fecha de nacimiento. En consecuencia, la prueba del artículo 319 LEC es abierta al señalar el precepto «Otros medios de prueba» y no la cerrada del cotejo que indica la Audiencia guipuzcoana.

El artículo 320 LEC es aplicable a copias o testimonios de documentos que se sospecha que son falsos y que para dilucidar la duda se coteja con el original. En el problema que estamos analizando, en la mayoría de los casos, no una mera copia del pasaporte sino el original por lo que el cotejo como tal no es necesario. El cotejo, en el ámbito del artículo 320 LEC no se puede producir entre documentos heterogéneos en los que además ambos son originales –el pasaporte y el certificado de nacimiento– como pretende la Audiencia guipuzcoana sino entre una copia del documento –el pasaporte– y el original de ese mismo documento –el pasaporte–. La Diputación debió, en su caso, acudir al cotejo con el original del pasaporte si se hubiera aportado una copia del pasaporte y se dudara de su autenticidad, no siendo éste el caso. La Diputación, al no cuestionar la autenticidad, actuó correctamente aportando una prueba médica que desvirtuaba o ponía en duda la declaración del pasaporte.

Tampoco queda claro cuál es el procedimiento que la Administración debiera seguir. Atendiendo estrictamente el tenor legal y el procedimiento del artículo 320.2 LEC sería preciso que el cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales se practicara por el Secretario Judicial, constituyéndose al efecto en el archivo o local del país de origen del extranjero<sup>8</sup>.

(7) La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián núm. 396/2010, de 29 de junio, aplica, citando literalmente, la doctrina asentada por la SAP de Guipúzcoa de 18 de diciembre de 2007, añadiendo «... no queda claro si el actor en la presente causa, el que presenta el pasaporte con nombre A es el mismo al que se llama B (al que se le practicó las pruebas forenses tendentes a determinar la edad), hemos de estimar la demanda y, por lo tanto, revocar la Orden Foral recurrida». Por tanto, se entiende que el pasaporte no se contradice por ningún instrumento probatorio por cuanto no queda claro, visto que las filiaciones son distintas, que el titular del pasaporte sea el mismo que se sometió a las pruebas médicas.

(8) Aun si la Administración hubiera impugnado la validez del documento, cabe entender que podría haber acudido a otros medios probatorios distintos del cotejo para determinar la autenticidad como, en su caso, certificado de la Embajada del país que ha expedido el documento original. La STSJ de Madrid núm. 206/2010, de 5 de marzo, frente a la alegación de la Administración que duda de la veracidad de un certificado de nacimiento por no constar en un registro oficial, atiende para fijar la validez de dicho documento al certificado de la representación diplomática garantizando su autenticidad.

Por otro lado, no se comprende la vigencia en nuestro Ordenamiento jurídico de un régimen probatorio tan excepcional como el que postula la Sala para el pasaporte del extranjero en España y que no rige para el pasaporte del español en el extranjero o del español no residente en España. Así, el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario español señala en su artículo 1 que el pasaporte «acredita fuera de España, la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles salvo prueba en contrario, y, dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de aquellos españoles no residentes». La prueba en contrario no resulta restringida al cotejo.

Asimismo, la Resolución cuestiona la prueba que supone el Decreto del Fiscal declarando la mayoría de edad. Expone la Sentencia

«... no siendo de recibo que modifique un dato recogido en un documento público, y que en principio es veraz, en base a una prueba elaborada a instancias de la Fiscalía en un ámbito muy distinto al que nos encontramos... Consta que el Fiscal solicitó la citada prueba en virtud del Decreto de fecha 7 de octubre de 2005 y ello “a la vista de la notoria discordancia entre la edad que se desprendía del pasaporte presentado por N. y su complejión anatómica”. En el escrito de alegaciones presentado por el Fiscal en el presente procedimiento, como fundamentación jurídica se hace alusión al artículo 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, aunque la misma viene referida a aquellos extranjeros indocumentados (que no es el caso) cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. Igualmente se refiere el Ministerio Público a la Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, la cual se contrae a aquellos supuestos en los que existen dudas acerca de la edad de los extranjeros, tanto en aquellos supuestos del artículo 35 LE (supuestos de localización de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad), como en aquellos otros supuestos en los que, a pesar de la exhibición de documentación, ésta presenta indicios de falsedad y simultáneamente existen dudas sobre si el extranjero ha alcanzado efectivamente los dieciocho años de edad, en ambos casos se posibilita al Fiscal el disponer lo necesario para la determinación de la edad mediante la incoación de diligencias pre-procesales, y una vez practicadas las mismas el Fiscal dictará el correspondiente Decreto motivado en el que determina si la persona afectada puede considerarse menor de edad y, en caso positivo, ponerla a disposición de los servicios competentes de protección de menores, especificando la edad del menor de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que disponga, teniendo dicho Decreto efectos provisionalísimos, por lo que no supone una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos... Es por ello que, debido a las especialidades con las que se realizan las diligencias tendentes a determinar la edad del menor, no sea de recibo trasladar el resultado de dichas diligencias a otro ámbito jurisdiccional distinto de aquel en el que se practicaron, no debiendo tampoco perder de vista la finalidad de la práctica de las mentadas diligencias, que a tenor de lo dispuesto en la reiterada Circular, no puede ser otra más que la protección de los menores de edad, finalidad ésta que ha quedado completamente desvirtuada con la actuación de la Diputación Foral, ya que en virtud de la prueba realizada, se otorgó a N. una mayor edad que la que figuraba en su pasaporte, es decir, con la nueva fecha de nacimiento que se le ha otorgado, N. habrá cumplido la mayoría de edad el 26 de septiembre de 2006 con las lógicas consecuencias que de ello se derivan, mientras que, por otro lado, en el documento que acredita su identidad seguirá figurando como menor de edad, siendo ello un contrasentido que le puede acarrear importantes perjuicios en todos los ámbitos».

La normalidad con la que la Sala asume un instrumento inapropiado como es el cotejo contrasta con el rechazo que despierta la aplicación de un instrumento probatorio pertinente como es la prueba médica practicada bajo la dirección de la Fiscalía. Así, el Tribunal considera que no cabe

## La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas

II

trasladar el resultado de las diligencias preprocesales a otro ámbito jurisdiccional distinto. Mi primera discrepancia parte de que las diligencias de Fiscalía operen en un ámbito jurisdiccional determinado<sup>9</sup>. Dichas diligencias responden a un interés de protección del menor y su resultado puede proyectarse en cualquier orden jurisdiccional. Por otro lado, la finalidad de las diligencias es la protección del menor que realmente lo es y no la del menor simulado o aparente. Una actuación coherente con unas pruebas médicas que señalan que la persona es mayor no atenta contra el interés del menor ya que, por una valoración lógica probatoria<sup>10</sup>, no hay menor.

También da un mayor valor al pasaporte que a las pruebas médicas, el AAP de Las Palmas de Gran Canaria núm. 210/2009, de 16 de enero, que sigue los argumentos de la SAP de Guipúzcoa núm. 339/2007, considerando que la prueba plena del pasaporte sólo puede desvirtuarse, con fundamento por la vía del cotejo del artículo 320 LEC, con el certificado médico.

«... Trasladando todo lo anterior al caso concreto que nos ocupa, debemos señalar que, en principio, el pasaporte de Y hacía prueba plena de su fecha de nacimiento, y si la defensa entendía que dicho dato no era cierto o era inexacto, lo que tenía que haber hecho era cotejar el mismo mediante su comprobación a la vista del certificado de nacimiento de Y, lo cual no ha hecho, no siendo de recibo que modifique un dato recogido en un documento público, y que en principio es veraz, en base a una prueba médica elaborada a instancia del propio Juzgado de menores (en aras a la mayor protección del menor), prueba que, además (y a diferencia de lo que se presume de un pasaporte), no es exacta».

Doy por reproducido lo anteriormente señalado sobre la restricción de la prueba contra el pasaporte al cotejo del documento. Por otro lado, no comparto los términos del debate probatorio que la Sala parece fijar entre el pasaporte como documento público con presunción de exactitud frente a una prueba como la médica sin presunción de certeza. La edad que deriva de unas pruebas médicas, practicadas bajo la dirección del Ministerio Fiscal o del órgano judicial, goza también de una presunción de exactitud en cuanto es producto de un procedimiento médico que ofrece un resultado fiable. Igualmente, tal presunción de certeza que se predica del pasaporte se atenúa cuando, de un lado, no existe constancia de con base en qué procedimiento se ha llegado a fijar dicha edad o fecha de nacimiento y, de otro lado, cuando la referida presunción es meramente genérica al no encontrarnos ante un documento que de forma específica haga fe del estado civil.

Modificando por completo el criterio seguido en la Sentencia núm. 339/2007, antes comentada, la misma Audiencia de Guipúzcoa en Auto 339/2008, de 24 de julio, llega a un resultado contrario, dando primacía a la prueba médica. En este caso, en el pasaporte constaba que la persona tenía 20 años y las pruebas médicas arrojan un resultado de minoría de edad. El Juez de Menores entendió que prevalecía el pasaporte. Por el contrario, la Audiencia atiende a la edad derivada de las pruebas médicas y considera que es menor. Respecto a la Sentencia del año 2007 hay una diferencia de cierta entidad como es una Sentencia de lo Contencioso-administrativo que dejaba sin efecto la expulsión sobre la base de las pruebas médicas que se entendió que prevalecían frente al pasaporte.

(9) Incluso en el Orden jurisdiccional penal en que conforme al artículo 375 LECrim es el Juez de Instrucción quien debe determinar la edad, puede valorar el Decreto del Fiscal y no ordenar la práctica de nuevas pruebas.

(10) Que enfrenta a un instrumento formal que no da una fe rigurosa de la edad frente a una prueba materialmente fiable de tal edad.

En concreto, se expone por el Auto comentado que la resolución administrativa de expulsión decretada por la Delegación de Gobierno de Navarra

«fue recurrida, y se dictó una primera sentencia, de fecha 19 de noviembre de 2007, dictada por el Ilmo Magistrado-Juez que sirve al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Navarra, en la cual expresamente, dentro del fundamento jurídico segundo, ya se señalaba que “a la vista de las pruebas obrantes en las actuaciones, y a pesar de que el recurrente presentó una documentación de la que se desprendía que tenía 20 años, debe considerarse plenamente acreditado que esta persona es menor de edad, y así lo acredita la prueba documental emitida por el Servicio Vasco de Salud del que se desprende que la edad ósea de esta persona es compatible con 14 años”; por lo que desestimando el recurso contencioso-administrativo impuesto por la representación procesal de R, se confirmaba la resolución dictada por el Delegado de Gobierno de Navarra.

Igualmente, debemos señalar que esta resolución fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en cuya Sala de lo Contencioso-Administrativo, se dictó sentencia, de fecha 28 de febrero de 2008, en la cual se considera expresamente que el recurrente es un menor de edad, dato no baladí puesto que en base al mismo, se determina la nulidad de la resolución administrativa que decretaba su expulsión, con aplicación del artículo 92 y siguientes del RD 2393/2004, que desarrolla la mentada LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Ciertamente, tales resoluciones partían de las pruebas médicas realizadas al menor por parte del propio Servicio Vasco de Salud, en el que se realizan las pruebas médicas, en concreto, estudio radiológico para conocer la edad del menor, y resulta que el mismo cuenta con una edad ósea, en fecha 30 de junio de 2006, de 14 años.

Efectivamente, tal y como señala la parte recurrente, y se deduce del informe médico-forense de fecha 8 de mayo del 2007, al menor se le practicaron una serie de exploraciones complementarias para determinar su edad ósea, de acuerdo al método Greulich-Pyle, y una ortopantomografía dental, de donde resultó que el informado tenía una edad menor de 18 años, compatible con la edad de 16 años... Es por ello que, debido a las especialidades con las que se realizan las diligencias tendentes a determinar la edad del menor, que en el presente caso se practicaron ante la existencia de indicios, judicialmente reseñados, de falsedad del pasaporte, que según indica el interesado únicamente recoge los datos que por aquel se indican, no debiendo tampoco perder de vista la finalidad de la práctica de las mentadas diligencias, que a tenor de lo dispuesto en la reiterada Circular, no puede ser otra más que la protección de los menores de edad, se opta por mantener el Decreto de Fiscalía, que fija la edad de nacimiento de R el 10 de mayo de 1991».

En este caso se atiende al valor de las pruebas médicas antes que al pasaporte. Se refuerza así la armonía del ordenamiento jurídico. No resulta coherente que si en el Orden Contencioso-administrativo dicha persona es menor de edad, en otro sector del Ordenamiento, con pruebas sustancialmente idénticas, dicha persona sea mayor de edad. Comentando este Auto, DURÁN RUIZ<sup>11</sup> incide en cómo se vuelve a discutir la edad en el marco de un procedimiento penal cuando anteriormente se había anulado una resolución de expulsión tras aceptar la minoría de edad del sujeto determinada por Decreto del Ministerio Fiscal y concluye que casos así

«... podrían evitarse con una efectiva coordinación entre los órganos judiciales y administrativos de las Comunidades Autónomas y la Dirección General de la Policía responsable del Registro Central

(11) DURÁN RUIZ, J.: «Los derechos de los MENA: el despertar a su eficacia jurídica a través de la jurisprudencia» en la obra colectiva *Los menores extranjeros no acompañados*, directores: GONZÁLEZ, I. y MOROY ARAMBARRI, B. Ed. Tecnos y Cátedra Santander de Derecho y menores. Universidad Pontificia de Comillas, 2010, pp. 233-234.

## La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas

II

de menores extranjeros no acompañados, modificando la Dirección General de Policía la documentación expedida al menor (tarjeta de residencia o NIE) para incorporar la fecha de nacimiento. Esto convertiría la documentación expedida al menor en un documento público de los previstos en el artículo 317.6 LEC a efectos de prueba en cualquier proceso administrativo o judicial en que se vea envuelto el menor con validez probatoria plena, según el artículo 319.1 LEC».

La SAP de Salamanca núm. 326/2007, de 5 de octubre, da mayor valor a las pruebas médicas proyectando la regla general probatoria del artículo 319.2 LEC

«Y tal es lo que ocurre en el presente caso, en el que por medio de datos objetivos y de verdaderas pruebas (como la pericial practicada por el Sr. Médico Forense) aparece desvirtuada la certeza de la fecha de nacimiento del demandante que consta en el pasaporte, tal y como ya se pronunció esta misma Audiencia en el auto de 21 de mayo de 2007, dictado en la pieza de Medidas Cautelares, en el que se afirmó que “el pasaporte sobre el que la parte actora asienta su petición no es un documento que en sí mismo, visto lo acontecido con la solicitud de asilo presentada por el interesado, permita llegar a una conclusión inequívoca sobre un dato esencial para discernir sobre la existencia de desprotección del recurrente”. Y así: a) en primer lugar, en la documentación inicial de solicitud de asilo realizada por el demandante se hace constar el año 1986 como el de nacimiento del demandante, no siendo en manera alguna ilógica o arbitraria la presunción que hace la sentencia impugnada de que tal dato tuvo que ser necesariamente manifestado por el referido demandante, toda vez que el mismo carecía de documentación, y sin que pueda desconocerse que la presunción constituye un verdadero medio de prueba conforme establece el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; b) en segundo término, en el informe radiológico realizado por el Hospital “La Paz” se concluye que “con esta imagen ‘tipo’ y en condiciones normales sin trastornos del crecimiento, la edad cronológica del paciente debiera ser superior a los 17 años”, informe que fue emitido en fecha 17 de noviembre de 2005; y c) finalmente, en el informe emitido por la Sra. Médico Forense, debidamente ratificado y sometido a contradicción, ampliación y/o explicación en el acto de la vista del juicio verbal se concluye que todos los datos anteriormente reseñados indican que el reconocido puede tener una edad comprendida entre los 18 y 19 años.

Por consiguiente, en manera alguna puede ser considerada errónea por contraria a los preceptos legales antes mencionados, la conclusión de la sentencia impugnada de no considerar cierta la fecha que como de nacimiento del demandante figura en el pasaporte».

En este caso, en mi opinión, inicialmente la prueba médica no tenía la suficiente contundencia como para excluir el valor del pasaporte. Así, el primer informe señala que la edad debiera ser superior a 17 años pero no se descarta expresamente una posibilidad que pudiera determinar un cambio de criterio como es un trastorno en el crecimiento. Por otro lado, en sentido literal, una edad superior a 17 años es 17 años y un día por lo que seguiría siendo menor. Una interpretación favorable debiera haber concluido que es menor. El informe forense acota una mayoría de edad al fijar la horquilla entre los 18 ó 19 años, pero la expresión «puede» establece un elemento de incertidumbre que la invalida para desvirtuar el dato del pasaporte. En una interpretación literal no queda plenamente descartada que pueda tener una edad inferior a los 18 años, a diferencia de otra redacción como «sólo puede» o «tiene» que ofrece una mayor seguridad.

Es posible que en la ratificación del informe forense en el acto del juicio oral y tras someterse a contradicción, dichas dudas terminológicas se despejaran. No obstante, existe una prueba adicional como es, con fundamento en el artículo 386 LEC, la presunción de que en el expediente de asilo el dato del nacimiento fue puesto de manifiesto por el interesado, ya que no tenía docu-

mentación. Contra dicha presunción no consta que se opusiera prueba en contrario conforme al artículo 385.2 LEC.

En definitiva, se otorga valor probatorio a las manifestaciones del extranjero, manifestación cuya intensidad probatoria se cualifica porque es su primera declaración y porque no obedece a un interés espurio de obtener algún beneficio.

El AAP de Vizcaya núm. 339/2009, de 11 de mayo, da preferencia a la prueba médica. La parte recurrente alegaba que está acreditado documentalmente que el interesado tiene la edad cronológica que figura en el pasaporte y la partida de nacimiento, por lo que debe acogerse tal prueba documental conforme a lo expuesto por la LEC. El Auto expuesto señala

«Estamos en presencia de un expediente de jurisdicción voluntaria en que no rigen las pruebas en los términos establecidos por la LEC para valorar las documentales, sin que determinados documentos comporten una especial fiabilidad, ni hayan sido emitidos por autoridades homologables a las de nuestro Estado.

La prueba médico-forense practicada pone en evidencia que no estamos en presencia de una persona que ronde los 17 ó 18 años de edad; se llega a la conclusión de que tiene 21 años de edad. Los criterios que señala la parte recurrente para valorar la prueba, o inadmitirla más bien, son criterios técnicos que habrán de ser ponderados por los peritos en la materia y que serán conocidos por el médico interviniente, pero no ofertan a esta Sala criterio alguno que justifique la revocación del Auto, máxime cuando la edad atribuida al solicitantes es muy superior a la de 18 años, por lo que el recurso debe ser desestimado».

En mi opinión la inaplicación de las reglas probatorias de la LEC a la que alude la Sala no es relevante. El carácter de *numerus apertus* de la prueba en contrario que, como hemos visto, fija el artículo 319.2 LEC no separa de forma sustancial las reglas probatorias que la Sala construye en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

El Tribunal parte de que el pasaporte no ha sido emitido por autoridades homologables a las del nuestro. Aunque no se precisa, cabe entender que se refiere a cualquier Estado que carece de un sistema de Registro civil homologable al nuestro<sup>12</sup>, y lo hace, no para negarle cualquier valor probatorio, sino para considerar que no goza de una particular intensidad probatoria, en definitiva, que carece de una específica fiabilidad y admite prueba en contrario.

Desde esta perspectiva, el dato del pasaporte se desplaza por una prueba médica rigurosa y con una declaración contundente y sin vacilaciones. La edad que fija el dictamen médico -21 años- se aleja claramente de la frontera con la minoría de edad.

### III. DOCTRINA DEL MINISTERIO FISCAL

El problema analizado ha sido objeto de un análisis detallado por parte de la Fiscalía General del Estado y las diversas Fiscalías provinciales<sup>13</sup>.

(12) Cuyos certificados no superen el control de calificación que pueda hacer el Registro Civil español.

(13) La Memoria de la Fiscalía General del Estado el año 2008 pone de manifiesto las actuaciones de las diferentes Fiscalías Provinciales en la materia «El aspecto más llamativo y preocupante detectado por varias Fiscalías Provinciales, notoriamente incrementado durante el año 2008, consiste en la localización de presuntos menores no acompañados provistos de

## La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas

### II

La Fiscalía Provincial de Barcelona en Nota de Servicio de 1 de agosto de 2009 expone que «es cada vez mayor el número de personas extranjeras que dicen ser menores de 18 años, que carecen de toda familia en España, y que aportan documentación, en especial pasaportes procedentes de países del Golfo de Guinea, pero que por su aspecto físico parece evidente que son mayores de edad, en ocasiones estos pasaportes se han emitido con posterioridad a practicarse pruebas radiológicas que determinaron su mayoría de edad.

El número de estas personas es tan numeroso que ocupan más de la mitad de las plazas que hay en los Centros de acogida de menores, y es notoriamente inconveniente que los menores de edad estén “mezclados” con adultos que tienen pasaporte como menores». Tras un examen jurídico de la cuestión<sup>14</sup>, concluye que: «... para determinar la edad en España de las personas se estará:

1.º A lo que refleje el Registro Civil español.

2.º Si fuere extranjero se estará a aquello que determine el Registro Civil del país extranjero si hubiere Convenio o Tratado especial.

3.º Si el extranjero lo es de un país con el que España no tiene ningún Convenio o Tratado es preciso que se proceda a la legalización de lo que refleje el Registro Civil extranjero (cuando existe).

4.º A falta de todo lo anterior y de las partidas de bautismo, se estará al criterio médico».

La Fiscalía Provincial de Guipúzcoa, con fundamento en el artículo 5.2 del Reglamento de Extranjería, considera que en los casos en que la minoría de edad de una persona haya sido establecida por un Decreto de la Sección de Menores de la Fiscalía, la sola exhibición del pasaporte no deja sin efecto lo dispuesto en el Decreto, toda vez que el pasaporte es un documento que permite acreditar la identidad y nacionalidad de una persona, pero no su fecha de nacimiento. Por tanto, considera que los Decretos del Ministerio Fiscal en los que se establece una minoría especial podrán ser modificados por la Fiscalía, en el caso de que los servicios de protección de la Infancia de la Diputación Foral de Guipúzcoa remitan a la Sección de Extranjería de la Fiscalía Provincial, mediante original o copia, tres documentos de los que se deduzca una edad diferente a la establecida en el Decreto. Estos documentos son la partida de nacimiento, el libro de familia y el certificado de residencia en Marruecos, el cual deberá adjuntar una fotografía de la persona en cuestión<sup>15</sup>.

una documentación de su país de origen en la que se hacía constar una edad manifiestamente inferior a la que aparentaban y que, o bien han sido directamente entregados a un Centro de Protección sin la práctica de prueba oseométrica alguna o bien ha provocado la incoación de diligencias periciales dirigidas a acreditar la validez de esa documentación». Dicha memoria examina los problemas que en la práctica se han suscitado en Valencia, Badajoz, Guipúzcoa, Asturias y Vizcaya.

(14) Que abarca un estudio de la normativa vigente en la que destaca el artículo 313 del Reglamento del Registro Civil, en que cuando no hay inscrita una persona en el Registro Civil y hay que proceder fuera de plazo, se señala que:

«En caso de duda sobre el sexo o edad del nacido, emitirá dictamen el Médico del Registro Civil o su sustituto.

Para determinar el año y población de nacimiento basta la información de dos personas a quienes les conste de ciencia propia o por notoriedad; pero para precisar más el tiempo y lugar acreditados por notoriedad se procurará que concurren otras pruebas».

(15) Entiendo que la identidad incluye, entre otros datos, la edad. De forma general, la identidad se diferencia de la simple identificación al ser la primera más amplia. No basta con la mera relación de nombres y apellidos sino que es preciso un plus, requiriéndose además que se acredite, de modo y manera que no dé lugar a dudas ni equivocaciones de ninguna clase, que la persona materialmente individualizada es precisamente la misma que consta y porta el título de viaje. En

La Fiscalía Provincial de Guipúzcoa planteó una consulta a la Fiscalía General del Estado, dictándose la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de edad de menores extranjeros no acompañados que manifiesta

«... es preciso indicar que la situación contemplada en el artículo 35 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social surge en un contexto de ausencia de documentación acreditativa de la identidad y/o de la edad del presunto menor, o de exhibición de títulos con indicios de falsedad o generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos, por lo que, existiendo dudas al respecto y no habiendo otros medios para despejarlas, puede ser necesario acudir a la práctica de ciertas pruebas médicas para poder determinar aquélla de modo aproximado».

Los motivos que pueden dar lugar a las dudas vienen a tasarse por la Consulta. Así, reproduciendo la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la Consulta fija una serie de criterios de revisión. Desglosando los diversos indicios que pueden revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un documento, relacionados con las condiciones en que se elaboró o se redactó, podríamos citar:

A) «La existencia de un intervalo muy largo entre la fecha del documento y la fecha del hecho a que se refiere».

«Que el documento se haya elaborado transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que aluden y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento».

Estos motivos difícilmente podrán aplicarse. Es lógico que el pasaporte en cuanto no es un documento específicamente dirigido a documentar y acreditar la edad<sup>16</sup> se expida transcurrido un amplio tiempo después del nacimiento. Ello no es motivo para dudar. Tampoco la acreditación de la edad es el trámite para el que se expide el pasaporte. En consecuencia, no podría aplicarse el motivo de la presentación muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió.

todo caso, se denomine identidad o identificación, resulta preciso que el concepto sirva para diferenciar a la persona que consta en el documento de toda otra persona. Para ello puede recurrirse al nombre, al sexo y a otros datos como el lugar o la fecha de nacimiento. Así, entre nombres coincidentes o similares y el mismo lugar de nacimiento, la fecha de nacimiento puede servir para fijar la identidad. El supuesto no debe descartarse en la práctica. Por tanto, conceptualmente, identidad es cualquier dato que contribuya a distinguir a una persona de otra y aunque el nombre y el apellido sean los elementos esenciales, no cabe descartar otros aspectos como la edad que actúan como complementos para fijar dicha diferencia. Puede servir como referencia, aunque sea aplicable a ámbitos completamente distintos, la amplitud de los elementos que configuran el concepto de identidad. Así, en la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Grupo de Trabajo convino en que, a efectos de definición de la «firma electrónica» en la Ley Modelo, el concepto de «identificación» podría ser más que la mera identificación del firmante por su nombre. El concepto de identidad o identificación sirve para diferenciar al firmante de toda otra persona recurriendo a su nombre o a otros datos, que pueden ser otras características notables como la posición o la autoridad de esa persona, ya sea en combinación con un nombre o sin ninguna indicación de nombre. Asimismo, en el ámbito civil dentro de la acción reivindicatoria, lo decisivo de la identidad es que sirva al fin preciso de la delimitación más exacta, la más absoluta exactitud sin dar ninguna posibilidad a la duda, al error o a la equivocación de cualquier clase sobre el predio, que se asegure con el mayor rigor posible y el menor riesgo de confusión que el predio es el mismo al que se refiere el título. Así, el AAP de Almería núm. 75/2004, de 8 de noviembre, y SAP núm. 72/2008 de Badajoz, de 29 de febrero. En definitiva, lo decisivo en la identidad es el servicio a la precisión y la edad coadyuva a dicho objetivo por lo que forma parte de la identidad.

(16) Sino que se incluye sólo a los efectos de coadyuvar, junto a otros datos, a fijar una identidad.

## La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas

II

B) «Que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de fraudes o irregularidades anteriores imputables al interesado».

Por ejemplo, posibles condenas del que aporta el pasaporte por falsedad documental.

C) «Que existan contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento presentado y los que figuran en otras actas o documentos comunicados a la autoridad competente o que obren en su poder».

Por ejemplo contradicciones entre el pasaporte y reseñas administrativas previas o contradicciones entre la edad del pasaporte y las manifestaciones sobre la edad realizadas por el titular del documento en otros procedimientos, como el de asilo, seguidos ante la Administración.

D) «Que los datos que figuran en el documento presentado no parezcan corresponder a la persona a la que se refieren». Este indicio sería aplicable a un aspecto físico que parece desmentir la edad del pasaporte.

E) «Que el mismo se haya elaborado exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente».

«Que se haya elaborado el documento sin disponerse de un elemento objetivo que garantizara la realidad del hecho referido en el mismo».

«Que se trate de un documento expedido por una autoridad que no tenía en su poder o no tenía acceso al acta original».

Estos motivos serían proyectables sobre aquellos Estados que carecen de un sistema de Registro Civil y, frecuentemente de censos fiables, no existiendo garantías de que en el proceso de elaboración del documento en el país de origen se haya valorado algo más que una mera manifestación realizada por el extranjero o sus familiares próximos ante el funcionario autorizante.

F) «Que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros del Estado de origen del documento presentado».

Esta causa será difícil de aplicar en la práctica. Resulta complicado precisar los conceptos generales que aluden a la forma de conocimiento de tales irregularidades que se describe tan sólo como «constancia oficial» y a la cadencia de tales irregularidades para poder entender aplicable el indicio, describiéndose que las mismas deben ser «numerosas».

Es importante señalar que la presencia de estos motivos no opera como causas que niegan la validez del pasaporte sino como indicios que obligan a desarrollar una actividad investigadora dirigida a confirmar o no la ausencia de error en los datos que figuran en el pasaporte. La Instrucción, ante la duda que genera el documento, considera conveniente que «... la autoridad competente en el asunto realice todas las comprobaciones necesarias, en particular con el interesado y que, en caso necesario, proceda, si es posible, de acuerdo con las autoridades del lugar de que se trate, a una comprobación de que existe esa acta en los registros del Estado de origen y de su conformidad con el documento presentado». Dentro de dichas comprobaciones no vemos obstáculo a que se incluyan las pruebas médicas.

La Consulta parte de la existencia de un Decreto de Fiscalía que ya fija una edad que entra en contradicción con otro medio probatorio<sup>17</sup> y manifiesta

«Obviamente, una vez fijada la edad de un menor pueden aparecer nuevos elementos de juicio que generen dudas razonables sobre esa primera valoración. En consecuencia, nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor, o en el supuesto de persistencia de las dudas sobre la edad del supuesto menor, o en caso de transcurso del tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos acerca de la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo, o porque aparecen nuevos procedimientos en que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulte necesaria la revisión del decreto de determinación de edad».

Como consecuencia de dicha Consulta, la Comunicación de la Fiscalía Provincial de Madrid de 23 de marzo de 2010 afirma

«Se consideran menores extranjeros no sólo a los que se hallen indocumentados sino también a quienes pretendan acreditar su edad con documentación presuntamente falsa por incorporar datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones o que no resulten fiables en cuanto a la determinación de la edad por proceder de países cuyas administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos sobre cuya fecha, lugar de nacimiento o filiación del interesado se incorporen en el documento 2. Por tratarse de menores extranjeros no acompañados corresponderá también al Fiscal la determinación de edad mediante decreto aun cuando exista un previo decreto del Fiscal, sea de la misma o de distinta Fiscalía Territorial, o aun cuando el menor se encuentre ya a disposición del IMMF».

Por tanto, puede concluirse que unas pruebas médicas practicadas bajo el control de la Fiscalía y con un nivel suficiente de detalle prevalecen frente al contenido del pasaporte que en cuanto no resulte avalado por un Estado con un sistema de Registro Civil homologable al español, no puede dar una fe indubitada de los datos, entre ellos la edad, que constan en él. En consecuencia, cuando generen dudas son atacables por otros medios probatorios.

(17) La doctrina es aplicable aunque no exista Decreto. Se vienen a fijar como criterios generales que las pruebas aportadas sean nuevas y que, en general, la prueba genere una duda sobre la mayoría de edad. Las dudas se originarían por los indicios anteriormente descritos.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático de Derecho Internacional Público y  
RRII en la Universidad de Zaragoza y  
Director Adjunto de la REDMEX  
(agchueca@unizar.es)

III

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

(Crónica jurisprudencial, 1 de enero de 2009  
a 30 de junio de 2010)

# SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. El reconocimiento de los Derechos Humanos (artículo 1 Conv.).

III. El derecho a la vida (artículo 2 Conv.).

IV. La expulsión como trato inhumano o degradante (artículo 3 Conv.).

V. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4 Conv.).

VI. La detención del extranjero para su expulsión o extradición (artículo 5 Conv.).

VII. El derecho a un proceso equitativo (artículo 6 Conv.).

VIII. No hay pena sin ley (artículo 7).

IX. El respeto al derecho de la vida familiar (artículo 8 Conv.).

X. La libertad de pensamiento, conciencia y religión de los extranjeros (artículo 9 Conv.).

XI. La libertad de expresión, opinión e información del extranjero (artículo 10 Conv.).

XII. El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 Conv.).

XIII. La prohibición de discriminar (artículo 14 Conv.).

XIV. El derecho de demanda individual ante el TEDH (artículo 34 Conv.).

XV. Condiciones de admisibilidad de la demanda (artículo 35 Conv.).

XVI. El derecho al respeto de los bienes de los extranjeros (artículo 1, Protocolo núm. 1).

XVII. La libre circulación de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado (artículo 2, Protocolo núm. 4).

## Ángel G. Chueca Sancho

III

XVIII. La prohibición de las expulsiones colectivas (artículo 4, Protocolo núm. 4).

XIX. Las garantías procesales de la expulsión individual (artículo 1, Protocolo núm. 7).

XX. La igualdad jurídica entre los esposos (artículo 5, Protocolo núm. 7).

XXI. La satisfacción equitativa (artículo 41 Conv.).

XXII. La condena en gastos y costas procesales.

XXIII. La ejecución de las sentencias del TEDH (artículo 46 Conv.).

### I. NOTA PRELIMINAR

El Consejo de Europa, una Organización Internacional que cumplía 60 años el 5 de mayo de 2009, cuenta ahora mismo con 47 Estados miembros; cuenta además con un candidato, Bielorrusia (eterno, puesto que lo es desde 1993 y no cumple las exigencias mínimas de democracia y respeto a los Derechos Humanos).

La Convención Europea de Derechos Humanos ha sido ratificada asimismo por los 47 Estados miembros.

Desde la última Crónica publicada se ha producido la adopción de diversos tratados internacionales que afectan a los Derechos Humanos en el sistema del Consejo de Europa<sup>1</sup>. Son los tres siguientes:

- 1.º El Protocolo adicional núm. 14 bis a la Convención Europea de Derechos Humanos (en vigor desde el 1 de octubre de 2009).
- 2.º La Convención del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos (todavía no en vigor).
- 3.º El tercer protocolo adicional a la Convención Europea de Extradición (todavía no en vigor).

En el período comprendido en esta Crónica pueden incluirse 44 sentencias del TEDH. Entre las más importantes sobresalen las dictadas en los casos *Mangouras/España*, *Nikitenko/Letonia y A. y otros/Reino Unido* (en este último el Tribunal aplica los artículos 3, 5, 13 y 15).

También sobresale nada menos que una decena de sentencias dictadas contra Italia en los casos en los que se hallan implicados tunecinos.

Conviene recordar asimismo que el texto completo de las sentencias analizadas en esta Crónica puede consultarse en inglés o francés (ambas lenguas oficiales del Consejo de Europa y de su Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en <http://www.echr.coe.int>.

(1) La lista completa de las 208 tratados adoptados en el seno del Consejo de Europa, su texto en francés e inglés, sus informes explicativos, su estado de ratificaciones, etc., pueden verse en <http://conventions.coe.int>.

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

Por otra parte, ha de recordarse la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 14. Tras la ratificación por parte de Rusia el 18 de febrero de 2010<sup>2</sup>, se producía el 1 de junio de 2010 la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos. Con ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha visto modificada su estructura y profundamente revisada la distribución de sus competencias

### II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 1 CONV.)

Dice el artículo 1 de la Convención:

«Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado).

### III. EL DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 2 CONV.)

Dice el artículo 2 de la Convención:

«1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado)

### IV. LA EXPULSIÓN COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE (ARTÍCULO 3 CONV.)

Dice el artículo 3 de la Convención: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

Cabe citar en primer lugar el caso *Sulejmanovic/ Italia* (Sentencia de 16 de julio de 2009). Analizaremos en este apartado *los casos italianos*, el caso *Daoui/Francia* y el caso *Aliev/Georgia*. Además habría que recordar el caso *Tabesh/Grecia* (Sentencia de 26 de noviembre de 2009), que analizamos en el artículo 5.

#### A) Los casos de nacionales tunecinos contra Italia

##### Síntesis de los hechos

El TEDH dictaba el 24 de febrero de 2009 anda menos que 9 sentencias contra Italia, como consecuencia de hechos muy similares; el 5 de mayo del mismo año dictaba la décima en el caso *Sellem*. Las otras once son las siguientes:

(2) Era el último de los 47 Estados partes, como exige el artículo 19.

- Caso *Abdelhedi*.
- Caso *Ben Khemais*.
- Caso *Ben Salah*.
- Caso *Bouyahia*.
- Caso *C.B.Z.*
- Caso *Darraji*.
- Caso *Hamraoui*.
- Caso *O*.
- Caso *Soltana*.

En todos estos casos existe una acusación de pertenencia del nacional tunecino a una compleja red islamista, con proyección terrorista.

En todos ellos se trata de personas que van a ser expulsadas de territorio italiano hacia Túnez, en cuyo Estado se hallan perseguidos por los tribunales y cuyas cárceles y comisarías no son precisamente ejemplos de respeto de los derechos humanos.

Otra nota común, que demuestra la profunda hipocresía gubernamental italiana y tunecina, es la petición de Italia de seguridades diplomáticas de que tales personas verán respetados sus derechos humanos en Túnez; lógicamente la petición es bien acogida por Túnez, que responde dando esas seguridades a Italia y recordando que ha ratificado un elevado número de tratados internacionales en esta materia.

### El TEDH dice y decide

El TEDH adopta en estos casos medidas provisionales, indicando que si Italia no las cumple, viola el artículo 34 de la Convención.

Por otra parte es permanentemente reiterada la doctrina jurisprudencial sintetizada en el caso *Saadi/Italia* (Sentencia de 28 de febrero de 2008)<sup>3</sup>; esta jurisprudencia se resume en tres aspectos<sup>4</sup>:

- Hay numerosos casos de tortura y malos tratos, infligidos por el Estado de Túnez a los acusados o a los responsables de terrorismo;
- existe una situación preocupante y
- las visitas del Comité Internacional de la Cruz Roja a cárceles tunecinas no permiten disipar el riesgo de violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La decisión del TEDH es siempre la misma: «en la eventualidad de la ejecución de la decisión de expulsar al demandante hacia Túnez, habría violación del artículo 3».

### Nota crítica

Lo más preocupante de esta práctica radica, a mi entender, en dos aspectos:

(3) Analizado en la anterior crónica, la referencia se realiza a los párrs. 143-146.

(4) Ver, por ejemplo, el párr. 36 de la sentencia dictada en el caso *C.B.Z.* o el párr. 39 de la sentencia dictada en el caso *Soltana*.

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

- La frecuencia (parece que no siempre justificada) con la que se acusa a determinadas personas de pertenecer a grupos islamistas terroristas, y
- la hipocresía de las llamadas «seguridades diplomáticas» que se piden alegremente, se conceden alegremente y después nadie (ni peticionario ni concesionario) se acuerda de ellas. Estamos ante un mecanismo pervertido para soslayar un respeto efectivo de los Derechos Humanos consagrados por la Convención.

## B) El caso ALÍEV/GEORGIA (Sentencia de 13 de enero de 2009)

### Hechos

El checheno Aliev, nacional ruso por tanto, refugiado en Georgia, era buscado por INTERPOL a solicitud de las autoridades rusas. Detenido en mayo de 2002 para su extradición, su liberación se producía en 2005. En ese momento el demandante sufría desórdenes mentales, parece que provocados por la guerra de Chechenia y por las condiciones de detención en prisiones georgianas (pár. 30).

Las penosas condiciones sufridas por los presos habían sido repetidamente denunciadas por el Comité europeo para la Prevención de la Tortura y por la oficina de la Penal Reform International en Tbilisi. Según el demandante, en celdas húmedas e insalubres y sin ninguna ventilación, preparadas para 24 personas, se hacinaban hasta 35, que tenían que dormir por turnos.

El delegado del Gobierno, sin aportar prueba alguna, declaraba que la celda en la que permaneció detenido Aliev podía acoger 12 personas, que tenía baños «parcialmente separados» y aireación mediante una ventana de tamaño mediano, cuyas medidas tampoco concretó (pár. 78).

### El TEDH dice y decide

«80. Sobre todo, la alegación del demandante afirmando que se veía obligado a dormir por turnos con sus co-detenidos no parece hallarse desprovista de fundamento. Las constataciones del CPT (Comité de Prevención de la Tortura), que figuran en los informes de 25 de julio de 2002 y de 30 de junio de 2003... aportan, según el Tribunal, una base fiable a estos efectos... Esta situación se agravó más desde finales de 2003, teniendo en cuenta que la población encarcelada en Georgia aumentó un 10% en cuatro meses. Según el CPT, la superpoblación en la prisión núm. 5 alcanzó entonces un nivel alarmante...

83. A los ojos del Tribunal, los elementos de prueba aportados permiten estimar “más allá de toda duda razonable” que el demandante debió sufrir efectivamente las condiciones de detención de las que se queja en su demanda. Debió sufrir sobre todo la ausencia de una cama personal, la falta de aire y la insalubridad durante un año y cuatro meses... a pesar de que sufría problemas cardíacos y síndrome asmático...

97. El Tribunal vuelve a reiterar que un Estado es responsable de toda persona detenida, puesto que esta última, en manos de sus funcionarios, se halla en situación de vulnerabilidad y las autoridades tienen el deber de protegerla...».

El TEDH condena a Georgia por doble violación del artículo 3:

- Por las condiciones de detención en la prisión núm. 5, y
- por no haber investigado el uso de la fuerza cuando se produjo un motín la noche del 3 al 4 de octubre de 2002.

**Nota crítica**

La situación de las cárceles en numerosos Estados del antiguo bloque del Este resulta hoy inadmisibile y constituye una permanente violación de esta norma. Tal vez algunas cárceles no hayan superado el estadio de las mazmorras medievales.

A pesar de la investigación del CPT, del Defensor de los Derechos Humanos, de diversas ONG internacionales, etc., y la publicación de sus resultados, la situación varía muy lentamente o no lo hace en absoluto; así lo demuestra con gran frecuencia la jurisprudencia del TEDH. Por eso el Consejo de Europa tiene en esta materia una importante e inaplazable tarea que cumplir.

**C) El caso A Y OTROS/REINO UNIDO (Sentencia de 19 de febrero de 2009)****Hechos**

Once personas que no tenían la nacionalidad británica demandaban a ese Estado tras ser acusados de participar en los atentados del 11 de septiembre de 2001. En ese momento, Gran Bretaña suspendía la aplicación de determinadas normas de la Convención (según el artículo 15). En noviembre de 2001 Gran Bretaña adoptaba la Ley relativa a la seguridad y a la lucha contra la criminalidad y el terrorismo, que modificaba una Ley anterior de 2000 (Ley sobre terrorismo).

En estos casos actuaba la Special Immigration Appeals Comisión (SIAC). Como señalaba antes, se adujeron los artículos 3, 5, 13 y 15 de la Convención.

**El TEDH dice y decide**

Sobre las alegaciones presentadas por violación del artículo 3, señala:

«126. Plenamente consciente de las dificultades que los Estados encuentran para proteger a la población contra la violencia terrorista, el Tribunal ve en ello una razón suplementaria para subrayar que el artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Esta disposición no prevé restricciones y en ello contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas de la Convención y de los Protocolos 1 y 4, y, por tanto, según el artículo 15 no sufre ninguna derogación, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación. Incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el terrorismo, y cualesquiera que sean las actuaciones de la persona afectada, la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y tratos inhumanos y degradantes...

128. El artículo 3 obliga al Estado a asegurar que todo preso está detenido en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana y que las modalidades de ejecución de la medida de detención no someten al interesado a una angustia o a una prueba de una intensidad que excede del nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención... Si de él no se puede deducir una obligación general de liberar a un detenido por motivos de salud, esta norma impone en todo caso al Estado el deber de proteger la integridad física y mental de las personas privadas de libertad, sobre todo mediante la administración de los cuidados médicos requeridos...

134. Teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del caso el Tribunal estima que la situación sufrida por los interesados por el hecho de su detención no ha alcanzado el nivel de gravedad elevado a partir del cual un trato puede considerarse inhumano o degradante».

Por tanto, no ha existido violación del artículo 3.

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

#### Nota crítica

Estamos ante un pronunciamiento extraordinariamente nítido del valor del artículo 3, cuya vigencia no se puede suspender ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación. Que este pronunciamiento se aplique a los casos de terrorismo pone de relieve su trascendencia actual y su proyección futura.

#### D) El caso DAOUIDI/FRANCIA (Sentencia de 3 de diciembre de 2009)

##### Hechos

Un argelino, emigrado a Francia a los cinco años, según el gobierno francés desarrollaba estrechos contactos con grupos radicales islamistas de diversos Estados de la Unión Europea. El implicado reconocía que había recibido formación paramilitar en Afganistán y Pakistán.

Condenado en Francia de los delitos de asociación de malhechores para preparar actos de terrorismo y de falsificación de documentos, el 14 de enero de 2001 adquiere la nacionalidad francesa mediante naturalización.

##### El TEDH dice y decide

Tras destacar la gravedad de los delitos probados y resaltar otra vez el carácter absoluto del artículo 3, el Tribunal, *inter alia*, afirma:

«68. Respecto a la situación en Argelia, el Tribunal ha tenido en cuenta, inicialmente, los informes del Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura y de varias organizaciones no gubernamentales<sup>5</sup>... que describen una situación preocupante. Además estas conclusiones son asumidas sobre todo por los informes del estadounidense Departamento de Estado y del Ministerio británico de Interior...

Las prácticas denunciadas, que se realizarían con total impunidad, esencialmente para obtener confesiones e informaciones utilizadas después como pruebas en los tribunales, incluyen interrogatorios incesantes a cualquier hora del día o de la noche, amenazas, golpes, descargas eléctricas, ingestión forzada de grandes cantidades de agua salada, de orina o de productos químicos y la suspensión por los brazos desde el techo...

71. ... Teniendo en cuenta en particular el perfil del interesado que, no sólo está acusado de lazos con el terrorismo, sino que también ha sido objeto, por hechos graves, de una condena en Francia de la cual las autoridades han tenido conocimiento, el Tribunal es de la opinión de que en caso de expulsión a Argelia el demandante se convertiría en un blanco para la DRS (Dirección de Investigación y Seguridad)...».

Por eso el Tribunal decide que «en la eventualidad de la ejecución de la expulsión hacia Argelia del demandante, habría violación del artículo 3 de la Convención».

#### Nota crítica

La posición del Tribunal parece admisible, pero la sentencia ha eludido una cuestión de fondo: Como el demandante había logrado la nacionalidad francesa en 2001, ¿hasta qué punto tiene

(5) En concreto de Amnistía Internacional y de Human Rights Watch.

derecho Francia a expulsar a uno de sus nacionales? Porque existe una norma consuetudinaria bien establecida en el Derecho Internacional Público que afirma que cada Estado debe «soportar» a sus nacionales, juzgarlos o condenarlos en su caso, pero no puede expulsarlos ni extraditarlos.

Importantes corrientes contra los derechos humanos afirman ahora que, para que un Estado pueda expulsar a un nacional, debe antes privarlo de su nacionalidad, reducirlo a la condición de extranjero. Se trataría de aplicar normativamente la teoría política según la cual un Estado también puede tener «nacionales no deseados» y actuar contra ellos.

El tema es mucho más complejo, evidentemente, pero en su tratamiento se agitan aguas políticas de orientación al menos xenófoba.

#### V. PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y DEL TRABAJO FORZADO (ARTÍCULO 4 CONV.)

Dice el artículo 4:

- «1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como “trabajo forzado u obligatorio” en el sentido del presente artículo:
  - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.
  - b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
  - c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
  - d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado).

#### VI. LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO PARA SU EXPULSIÓN O SU EXTRADICIÓN (ARTÍCULO 5 CONV.)

Dice el artículo 5:

- «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:
  - a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
  - b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
  - c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo l.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación».

La jurisprudencia del TEDH sobre esta norma es, como casi siempre, relativamente abundante. Además de los tres casos analizados, pueden citarse las sentencias dictadas en los casos *S.D./Grecia* (11 de junio de 2009), *Prencipe/Monaco* (16 de julio de 2009), *Shannon/Lituania* (24 de noviembre de 2009), *Hokic y Hrustic/Italia* (1 de diciembre de 2009) y *Dzhurayev/Rusia* (17 de diciembre de 2009).

## A) El caso MANGOURAS/ESPAÑA (Sentencia de 8 de enero de 2009)

### Hechos

El griego Apostolos Ioannis Mangouras, capitán del buque *Prestige*, que enarbolaba pabellón de Bahamas, demanda a España como consecuencia de los hechos acaecidos en el hundimiento de tal petrolero el 13 de noviembre de 2002 y de las medidas adoptadas por las autoridades españolas.

La catástrofe ecológica provocada por tal hundimiento en la zona económica exclusiva española frente a las costas gallegas, al verter 70.000 toneladas de fuel, motivó al Juzgado de Instrucción núm. 4 de La Coruña a la apertura de una investigación penal. El titular de dicho Juzgado ordenó la prisión provisional de Mangouras y la imposición de una fianza de 3.000.000 €<sup>6</sup>, a la cual el capitán no podía hacer frente.

(6) El caso pasó después al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Corcubión (La Coruña), donde las cuestiones de fondo se hallaban todavía pendientes en el momento de ser dictada esta sentencia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El peregrinar judicial de Mangouras le condujo sin éxito hasta el recurso de amparo, asimismo rechazado por el Tribunal Constitucional. En ese peregrinar el demandante se quejaba del carácter desproporcionado de la fianza, que no tenía presente su situación personal.

### El TEDH dice y decide

«37. El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia, el monto de la fianza debe ser apreciado principalmente “en relación al interesado, a sus recursos...y, por así decirlo, a la confianza que se puede tener de que la perspectiva de la pérdida de la fianza,... en el caso de no comparecencia a la audiencia, actuará como un freno suficiente para excluir toda veleidad de fuga...”.

38. El Tribunal observa que el demandante ha sido privado de libertad durante 83 días y que ha sido liberado tras el depósito de un aval bancario de 3.000.000 €, que corresponde al monto de la fianza exigida...

39. El Tribunal reconoce el carácter elevado de la fianza. Observa sin embargo que han sido pagada por la London Steamship Owners Mutual Insurance Association, que era el asegurador del armador del Prestige...

44. ... El Tribunal considera que el monto de la fianza en este caso, aunque elevado, no era desproporcionado, teniendo en cuenta el interés jurídico protegido, la gravedad del delito y las consecuencias catastróficas derivadas del vertido de la carga, tanto desde el punto de vista ambiental como económico».

Por ello decide que no ha existido violación del artículo 5.3.º

### Nota crítica

El caso del Prestige, todavía no solucionado en todos sus aspectos, sin duda fue una enorme catástrofe; pero habría que recordar la ineptitud del Gobierno Aznar que, en lugar de limitar los daños a un área pequeña, los difundió enormemente.

## B) El caso TABESH/GRECIA (Sentencia de 26 de noviembre de 2009)

### Hechos

El afgano Rafk Tabesh penetraba irregularmente en territorio griego en 2006, siendo detenido unos meses después, acusado de falsificación de documentos. Durante tres meses lo mantuvieron en las dependencias de la policía de extranjeros de Tesalónica. Finalmente presenta una solicitud de asilo, todavía no decidida en el momento de dictarse la sentencia.

### El TEDH dice y decide

«37. Si bien los Estados están autorizados a detener a inmigrantes potenciales en virtud de su “derecho innegable de controlar...la entrada y la permanencia de los extranjeros en su territorio” ... éste derecho debe ser ejercido de conformidad con las disposiciones de la Convención...

39. Interesa anotar que las alegaciones del demandante relativas a los locales de la subdirección de policía de extranjeros de Tesalónica, donde permaneció desde el 31 de diciembre de 2006 hasta el 28 de marzo de 2007, son corroboradas por las constataciones del informe publicado por el Mediador de la República en mayo de 2007... Ha de observarse que dicho informe destaca, entre otros aspectos y haciendo referencia al documento de la policía núm. 1026/5/22/1-0/30.3.2007, la ausencia de

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

espacio suficiente en los locales de detención y la ausencia total de espacio para pasear y practicar una actividad física. El informe observa asimismo la ausencia de restauración en los locales de la policía y confirma que los detenidos recibían la suma de 5,87 € por día para comer...

42. Además, el Tribunal tiene serias dudas respecto a la adecuación de la suma concedida al demandante para garantizar su alimentación...

56. Además, y sobre todo, respecto a la duración de la detención, el Tribunal recuerda que según el artículo 5.1.º.f), únicamente el desarrollo del proceso de expulsión justifica la privación de libertad fundada en esta norma y, si el procedimiento no ha sido llevado con la diligencia requerida, la detención deja de estar justificada...

Sin embargo, el Tribunal recuerda que el demandante solamente ha sido puesto en libertad el 27 de marzo de 2007...

57. A la vista de cuanto precede, el Tribunal considera que el período de detención ha excedido del plazo razonable necesario para los fines del objetivo perseguido. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la detención del demandante no ha sido “regular” en el sentido del artículo 5.1.º.f), de la Convención y que ha existido violación de esta norma».

El TEDH condena a Grecia por violación de los artículos 3 y 5.

### Nota crítica

Sigue siendo esencial este artículo 5, que permite la detención del extranjero para su expulsión, pero cumpliendo los requisitos en él enunciados. Como dice esta sentencia, «únicamente el desarrollo del proceso de expulsión justifica la privación de libertad fundada en esta norma».

## C) El caso A. Y OTROS/GRAN BRETAÑA (Sentencia de 19 de febrero de 2009)

### Hechos

Ver artículo 3. Se trata de los acusados de apoyar los actos terroristas del 11-S.

### El TEDH dice y decide sobre el artículo 5

«162. El artículo 5 consagra un derecho fundamental del hombre, la protección del individuo contra los atentados arbitrarios del Estado a su libertad...

166. Los demandantes son extranjeros que el Gobierno habría expulsado del territorio británico si hubiera podido encontrar un país de destino en el cual no hubieran corrido un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 3 de la Convención... No pudiendo expulsar a los interesados en virtud de las obligaciones suscritas por el Reino Unido en el artículo 3, el Ministro del Interior ha considerado que su detención se imponía por razones de seguridad, considerando que su presencia en el territorio británico constituía un riesgo para la seguridad nacional y sospechando que han estado o están implicados en la comisión, la preparación o la instigación de actos de terrorismo internacional, así como que son o han sido miembros de un grupo terrorista internacional o que pertenecen o han pertenecido a dicho grupo o que mantienen o han mantenido lazos con él. Como una persona en trámite de expulsión no puede ser encarcelada –tras la sentencia HARDIAL SINGH de 1984– más que si su expulsión es realizable en un plazo razonable, la detención deseada por el Ministro del Interior habría sido ilegal según el derecho interno antes de la modificación de noviembre de 2001...

172. El Tribunal recuerda haber señalado en diversas ocasiones que el internamiento y la detención preventiva sin inculpación son incompatibles con el derecho fundamental a la libertad consagrado por el artículo 5.1.º, salvo que haya una suspensión válida decidida de acuerdo con el artículo 15...».

El Tribunal declara que ha habido violación del artículo 5.1.º, 4.º y 5.º

### Nota crítica

Nos encontramos con una medida antiterrorista no válida según la Convención. No se puede difundir el mito según el cual «contra el terrorismo, todo vale», como hacen los más claros enemigos de los Derechos Humanos (pensemos en los EEUU de Bush y la ilegal invasión de Irak o la Rusia de Putin y el genocidio cometido en territorio checheno).

## VII. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (ARTÍCULO 6 CONV.).

«Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.
2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
3. Todo acusado tiene derecho:
  - a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
  - b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
  - c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
  - d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
  - e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia».

De la jurisprudencia correspondiente al período analizado examinaremos dos casos; además conviene no olvidar las sentencias dictadas en los casos *Stagno/Bélgica* (7 de julio de 2009), *Tchitchinadze/Georgia* (27 de mayo de 2010) y *Anakomba Yula/Bélgica* (10 de marzo de 2009).

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

## III

## A) El caso LIGA DEL MUNDO ÁRABE Y ORGANIZACIÓN ISLÁMICA MUNDIAL DE SOCORRO (Sentencia de 15 de enero de 2009)

### Hechos

Dos ONGs saudíes, con sede en Arabia Saudí, demandan a Francia por haber permitido la difusión de un artículo en el que se afirmaba que la factura a pagar por los atentados del 11-S era de un trillón de dólares. Consideraban ese artículo (publicado en un diario egipcio ampliamente difundido en francés en Francia) como una difamación. Sus demandas son inadmitidas porque no cumplían las exigencias de la ley francesa de 1 de julio de 1901, al carecer de arraigo en Francia, pues no disponían de ningún establecimiento en ese territorio.

### El TEDH dice y decide

«35. El Tribunal observa de entrada que el presente asunto no afecta al reconocimiento en Francia de la personalidad jurídica de una asociación extranjera, sino al acceso a un tribunal de dos asociaciones que buscan la reparación del perjuicio que pretenden haber sufrido por la publicación de un artículo que consideraban difamatorio. Si la Convención no garantiza tal reconocimiento, sí garantiza el derecho de acceso a un tribunal para que conozca de una demanda sobre derechos y obligaciones de carácter civil...

49. ... “El derecho a un tribunal”, del cual el derecho de acceso constituye un aspecto, no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en lo que concierne a las condiciones de admisibilidad de un recurso, porque exige por su misma naturaleza una regulación del Estado, que goza a este respecto de cierto margen de apreciación... Sin embargo, las limitaciones aplicadas no deben restringir el acceso abierto al individuo de una manera o hasta tal punto que se atente a la misma sustancia del derecho.

50. El Tribunal recuerda a este respecto que las restricciones a la capacidad de estar ante la justicia deben ser estrictamente limitadas...

52. El Tribunal señala que la Ley de 1 de julio de 1901, en sus artículos 2 y 5, regula las cuestiones relativas a la creación de asociaciones y al reconocimiento de la capacidad jurídica de éstas, que se realiza mediante una declaración previa ante las autoridades de la prefectura. Más en concreto, el artículo 5, párrafo 3.º, prevé que, cuando una asociación tiene su sede social en el extranjero, la declaración previa para la obtención de la capacidad jurídica debe haberse realizado en la prefectura del departamento donde se sitúa la sede de su principal establecimiento. Por tanto, este párrafo, de acuerdo con los términos utilizados, tiene vocación de aplicarse a las asociaciones extranjeras que pretenden establecerse en el territorio francés para ejercer una actividad. No contempla expresamente la cuestión de la capacidad de estar ante la justicia de una asociación, como las demandantes, que tiene su sede social en el extranjero y no ejerce ninguna actividad en Francia, pero desea presentar una demanda ante los tribunales para defender sus derechos de carácter civil.

58. En estas circunstancias, el Tribunal considera que, al exigir la declaración prevista en el artículo 5 de la Ley de 1901 para una asociación extranjera... las autoridades francesas... han impuesto a las demandantes una verdadera restricción, además no suficientemente previsible, que atenta contra la sustancia misma del derecho de acceso a un tribunal, de manera que hay violación del artículo 6, 1.º de la Convención».

### Nota crítica

Hay que poner de relieve primero la naturaleza de las demandantes; se cumple así perfectamente lo previsto en el artículo 34 de la Convención.

En segundo lugar, este tipo de restricciones obedecen sin duda a un momento histórico en el cual muchos ordenamientos jurídicos exigían la *cautio judicatum solvi*. Ciertamente estamos ante restricciones incompatibles con la Convención, por lo cual Francia habrá de modificar su ordenamiento interno en este aspecto.

## B) El caso KACHAN/POLONIA (Sentencia de 3 de noviembre de 2009)

### Hechos

El ucraniano demandante es acusado en Polonia de diversos delitos, entre ellos el de atraco a mano armada. Condenado a cinco años de prisión, se queja de falta de equidad en el procedimiento, puesto que los tribunales polacos no lograron que su abogado pudiera interrogar a los testigos cuyas declaraciones fueron el principal elemento sobre el que se fundaba su condena.

### El TEDH dice y decide

«33. ... La admisibilidad de las pruebas depende en primer lugar de las reglas del derecho interno, en principio corresponde a las jurisdicciones nacionales apreciar los elementos aportados. La misión confiada al Tribunal por la Convención no consiste en pronunciarse sobre si las deposiciones de los testigos han sido admitidas legalmente como pruebas, sino en investigar si el procedimiento examinado en su conjunto, incluido el modo de presentación de pruebas, ha revestido un carácter equitativo...

El Tribunal ha establecido con anterioridad claramente que los derechos de la defensa se restringen de manera incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se fundamenta, únicamente o de una manera determinante, sobre las deposiciones de un testigo que el acusado no ha tenido la posibilidad de interrogar o hacer interrogar ni en el momento de la instrucción ni durante la vista...

37. Respecto al atraco a mano armada cometido contra W.A., el Tribunal observa que las jurisdicciones que han juzgado al demandante lo han condenado sobre el fundamento de las declaraciones de tres personas: La misma víctima y las declaraciones de A.M. y Z.Z. Respecto a la víctima y a A.M., en un primer momento los jueces han intentado convocarlos a la vista enviéndoles la citación a su dirección en Polonia. Después los jueces han notificado la citación a través de las autoridades ucranianas. Habiendo sido infructuosas estas gestiones, los jueces se han apoyado en las declaraciones de W.A. y A.M. realizadas en la fase de instrucción, en ausencia del demandante... A ojos del Tribunal, esta prueba no puede zanjar la cuestión de la culpabilidad del demandante...

38. ... Según el tribunal de apelación, el juez no habría utilizado todos los instrumentos ofrecidos por el tratado de ayuda judicial en materia civil y penal entre la República de Polonia y Ucrania...

40. Además el Tribunal observa que las autoridades polacas tenían por otro lado a su disposición –tema sobre el que los tribunales polacos han silenciado– los instrumentos ofrecidos por la Convención europea de ayuda judicial en materia penal...

41. A la luz de las circunstancias del caso, el Tribunal estima que el demandante no ha tenido una ocasión suficiente y adecuada de contestar las declaraciones de la víctima y del testigo A.M., declaraciones que constituían las únicas pruebas sobre las cuales reposaba su condena por atraco a mano armada contra W.A.; la imposibilidad de interrogar a estos dos testigos debe considerarse en el caso como imputable a las autoridades nacionales. Vista la importancia que reviste el respeto de los derechos de la defensa en el proceso penal, el Tribunal estima que el demandante no se ha beneficiado de un proceso equitativo».

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

#### Nota crítica

El caso demuestra al menos la escasa importancia atribuida por los tribunales polacos a los derechos de la defensa del nacional ucraniano. Prueba asimismo la inaplicación (¿por puro desconocimiento o por minusvaloración de su importancia?) de los tratados internacionales de cooperación y ayuda judicial en los que es parte Polonia.

#### VIII. NO HAY PENA SIN LEY (ARTÍCULO 7 CONV.)

Dice el artículo 7:

«1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que en el momento de su comisión constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

#### A) El caso GURGUCHIANI/ESPAÑA (Sentencia de 15 de diciembre de 2009)

##### Hechos

El georgiano demandante era arrestado por la policía en Barcelona por intento de robo. Condenado a 18 meses de prisión, el abogado del demandante solicitaba al Juzgado de lo Penal núm. 21 de Barcelona la expulsión como pena alternativa a la prisión. Cuando el titular de dicho Juzgado decide que él no es competente, el caso era llevado por Fiscalía a la Audiencia Provincial de Barcelona que el 6 de abril de 2004 ordena la expulsión. Pero la expulsión no se ejecuta porque el demandante había presentado un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que en el momento de la comisión de la infracción, la legislación penal era más favorable que la que después— le aplicaría la Audiencia Provincial; el TC rechaza el recurso.

El demandante alegaba la violación de los artículos 24 y 25 de la Constitución; se planteaba además si debía aplicarse el artículo 89 del Código Penal español según la redacción vigente desde 1995 o según la redacción vigente desde 2003, versión introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de reforma de la Ley Orgánica de Extranjería.

En cuanto a la Convención Europea, el demandante alega la violación de los artículos 6 y 7, pero el Tribunal solamente examina el caso desde el artículo 7. A la sentencia se añaden la opinión parcialmente disidente del Juez Zupancic y la opinión parcialmente concordante y parcialmente disidente del Juez Meyer, a la que se suma la Juez Fura.

##### El TEDH dice y decide

«28. El Tribunal recuerda que la garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección de la Convención, como lo demuestra el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna suspensión de esta norma ni siquiera en tiempos de guerra o de otro peligro público...

29. El Tribunal recuerda asimismo que, según su jurisprudencia, el artículo 7 de la Convención no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en contra del acusado: Consagra también, de manera general, el principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)... y, por tanto, el que obliga a no aplicar la ley penal de manera extensiva en contra del acusado, por ejemplo mediante analogía... De ello se deduce que una infracción, así como la pena que implica, deben ser claramente definidas por la ley...

31. Respecto a la noción de “pena” según el artículo 7, posee, como las de “derechos y obligaciones de carácter civil” y “acusación en materia penal” en el artículo 6.1.º, de la Convención, un contenido autónomo. Para hacer efectiva la protección ofrecida por el artículo 7, el Tribunal debe ser libre para ir más allá de las apariencias y apreciar él mismo si una medida particular constituye en el fondo una “pena” según esta cláusula...

32. ... El Tribunal observa que el artículo 89 del Código Penal preveía efectivamente la posibilidad del juez penal responsable de la ejecución de la condena, en el caso el juez del núm. 21, sustituir la pena de 18 meses de prisión por la expulsión del demandante del territorio nacional y la prohibición de entrada durante un período de tres a diez años, en función de la pena infligida. El juez de ejecución tenía pues la posibilidad, que ha utilizado, de decidir en función de la gravedad de la pena, según las circunstancias del caso, bien no expulsar al demandante bien expulsarlo. Disponía por tanto del necesario margen de apreciación para decidir caso por caso lo que le pareciera más justo.

34. El Tribunal observa sin embargo que la expulsión del demandante y la prohibición de entrada en el territorio español durante un período de diez años ha sido autorizada por una decisión de 6 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona, aplicando la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal en vigor desde el 1 de octubre de 2003. Según esta nueva versión, una pena de prisión inferior a seis años impuesta a un extranjero que reside ilegalmente en España debería ser sustituida por la expulsión del condenado, salvo caso excepcional. El Tribunal observa que, a través de esta modificación legislativa, la expulsión se ha convertido en la regla y que no cuenta la apreciación del juez, salvo circunstancias excepcionales que el demandante no puede hacer valer durante su comparecencia ante el tribunal...

39. El Tribunal observa que el nuevo artículo 89 del Código Penal indicaba que la sustitución de la pena por la expulsión debía figurar en la sentencia, cosa que no ha tenido en cuenta la Audiencia Provincial de Barcelona, responsable en apelación de la ejecución de la sentencia de condena de octubre, cuya sentencia de condena no preveía ninguna sustitución... Por otro lado, mientras Fiscalía había solicitado la expulsión del demandante y su prohibición de entrada durante cuatro años, la Audiencia Provincial ha decidido una prohibición de entrada durante diez años...

40. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal tiene que concluir que la sustitución de la pena de dieciocho meses de prisión impuesta al demandante por su expulsión y su prohibición de entrada durante diez años, sin que haya sido oído y sin que se hayan tenido en cuenta otras circunstancias distintas a la aplicación casi automática de la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal en vigor desde el 1 de octubre de 2003, debe interpretarse como una pena en el mismo sentido que la fijada en la condena del interesado...

44. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal estima que ha existido violación del artículo 7 de la Convención, puesto que al demandante se le ha impuesto una pena más pesada que la que le correspondía por la infracción de la cual ha sido reconocido culpable».

### Nota crítica

Parece clara la aplicación retroactiva del Código Penal por la Audiencia Provincial de Barcelona; es preocupante que el Tribunal Constitucional no apreciara esta retroactividad. También resulta curiosa esa aplicación cuasi-automática.

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

## B) El caso KONONOV/LETONIA (Sentencia de 17 de mayo de 2010)

### Hechos

El ruso Vassili Kononov es acusado de haber asesinado durante la II Guerra Mundial (el 27 de mayo de 1944 en el pueblo de Mazie Bati, en territorio letón) a nueve civiles, seis de ellos quemados vivos; los acusaban de colaboracionismo con los ocupantes alemanes y de delación de un grupo de partisanos soviéticos, que habían sido exterminados por los alemanes. Curiosamente el pelotón que mandaba Kononov llevaba uniformes alemanes.

En 1998 Kononov era llevado a los tribunales letones, acusado de crímenes de guerra. El caso sería sentenciado por la Gran Sala, tras la remisión de la Sentencia de la Sala de 24 de julio de 2008; en ella se condenaba a Letonia por cuatro votos contra tres.

### El TEDH dice y decide

Tras destacar la importancia de la garantía ofrecida por el artículo 7 (ver párrafos 28 y 29 del caso Gurguchiani, antes analizado) el Tribunal señala, entre otras cosas, lo siguiente:

«186. ... El Tribunal observa que la definición de crímenes de guerra que figura en el artículo 6.b), del Estatuto del Tribunal Militar Interaliado de Nuremberg era considerada como la expresión codificada de las leyes y costumbres internacionales de la guerra, tal como se interpretaban en 1939...

194. Teniendo presentes las diferentes tesis en presencia, la Gran Sala establecerá su análisis suponiendo, cosa que es particularmente favorable para el demandante, que los habitantes del pueblo fallecidos entraban en la categoría de “civiles que toman parte en las hostilidades” (comunicando, como se alegó, informaciones a la administración alemana, acto calificable como “traición de guerra”) o que tenían el estatuto de “combatientes” (por cualquiera de los roles asignados a los auxiliares).

#### **¿Existía en 1944 una base jurídica suficientemente clara en cuanto a los crímenes por los cuales ha sido condenado el demandante?...**

198. ... El artículo 7.1.º exige que el Tribunal investigue si la condena del demandante se fundamentaba en esa época en una base legal. En particular, debe asegurarse de que el resultado al que llegaron las jurisdicciones internas competentes (condena por crímenes de guerra según el artículo 68, 3.º, del antiguo Código Penal) era conforme con el artículo 7 de la Convención...

199. En suma, el Tribunal debe investigar si, teniendo en cuenta el estado del Derecho Internacional en 1944, la condena del demandante se fundamentaba en una base suficientemente clara...

201. La Gran Sala observa que no se ha impugnado, a nivel nacional y tampoco ante esta Gran Sala, la afirmación según la cual el demandante y su unidad llevaban el uniforme de la *Wehrmacht* durante el ataque contra los habitantes del pueblo, de modo que uno de los criterios antes mencionados no se cumplía en este caso. De ello se podía deducir que el demandante había perdido su estatuto de combatiente (y, por este hecho, el derecho a atacar).

Además, llevar uniforme enemigo durante el combate podía constituir una infracción en sí misma...

#### **¿Los crímenes de guerra implicaban la responsabilidad penal individual de sus autores en 1944?...**

207. Si la noción de crímenes de guerra es conocida desde hace siglos, los actos constitutivos de crímenes de guerra susceptibles de implicar la responsabilidad penal de su autor comenzaron a ser objeto de una codificación seria a mitad del s. XIX. El Código Lieber de 1863 (párrafos 63-67, citados)

definía cierto número de infracciones a las leyes y costumbres de la guerra y precisaba las sanciones a imponer y varias de sus disposiciones admitían el principio de una responsabilidad penal individual. De origen americano, este Código constituyó la primera codificación moderna de las leyes y costumbres de la guerra y jugó un papel importante en las posteriores conferencias de codificación, especialmente la celebrada en Bruselas en 1874...

El impacto que había tenido la I Guerra Mundial sobre la población civil supuso la inserción en los Tratados de Versalles y Sévres de disposiciones sobre la responsabilidad, el juicio y el castigo de los presuntos criminales de guerra. Los trabajos de la Comisión internacional de 1919 (tras la I Guerra Mundial) y de la UNWCC<sup>7</sup> (durante la II Guerra Mundial) contribuyeron en gran medida a la consolidación del principio de la responsabilidad penal individual en el Derecho Internacional...

226. ... La Gran Sala estima, con el gobierno demandado, que uno no puede defenderse de una acusación de crímenes de guerra alegando que otros han cometido crímenes parecidos, a menos que estos actos imputados a otros hayan revestido un carácter, una amplitud y una regularidad propias para demostrar un cambio en la costumbre internacional.

227. En conclusión, incluso suponiendo que se pudiera considerar que los habitantes del pueblo fallecidos eran “civiles que participaban en las hostilidades” o “combatientes” (ver el pár. 194 anterior), la condena y la sanción impuestas al demandante por crímenes de guerra cometidos en su calidad de comandante del ataque llevado a cabo en Mazie Bati el 27 de mayo de 1944 se fundamentaban en una base legal suficientemente clara, teniendo en cuenta el estado del Derecho Internacional en 1944. El Tribunal añade que, si los habitantes del pueblo debieron ser considerados como “civiles”, habrían tenido derecho por ello a una protección todavía superior.

#### ¿Habían prescrito las acusaciones sobre los crímenes de guerra?

231. En 1944 el Derecho Internacional guardaba silencio en esta materia. En ninguna declaración internacional anterior sobre la responsabilidad por crímenes de guerra y la obligación de perseguirlos y de reprimirlos se habían previsto plazos de prescripción...

232. ... En 1944 ningún plazo de prescripción había sido fijado por el Derecho Internacional en cuanto a la persecución de crímenes de guerra y en su evolución posterior a 1944 el Derecho Internacional jamás ha incluido normas en virtud de las cuales los crímenes de guerra de los que se acusa al demandante hubieran prescrito...».

La sentencia de la Gran Sala se adoptaba por catorce votos contra tres, decidiendo que, al juzgar y condenar al demandante por crímenes de guerra, Letonia no había violado el artículo 7 de la Convención.

A ella se sumaba una opinión concordante común de los Jueces Rozakis, Tulkens, Spielman y Jebens y una opinión disidente del Juez Costa, a la que se unían los Jueces Kalaydjieva y Poalelungi.

#### Nota crítica

En el caso se plantea sobre todo la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario y la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, teniendo presentes las normas (convencionales y consuetudinarias) vigentes en 1944, momento de los hechos.

Esta sentencia, muy bien construida histórica y jurídicamente, pone de relieve cómo la mayor miseria humana se desata en la guerra. Para una visión actual de tan dramática cuestión habre-

(7) United Nations War Crimes Commission.

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

mos de contar con la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

### IX. EL RESPETO AL DERECHO DE LA VIDA FAMILIAR (ARTÍCULO 8 CONV.)

Dice el artículo 8:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

La jurisprudencia que afecta directamente a esta norma es más reducida que los últimos años. Cabe recordar los casos *Bigaeva/Grecia* (Sentencia de 28 de mayo de 2009) y *Nikitenko/Letonia* (sent. de 16 de julio de 2009).

### El caso CHERIF Y OTROS/ITALIA (Sentencia de 7 de abril de 2009)

#### Hechos

La demanda la presentaban dos hermanos tunecinos y la esposa italiana del primero de ellos. El mayor (Foued Ben Fitouri) sería expulsado a Túnez en 2008, a pesar de que se había casado con S. Brusadelli y tenían tres hijos pequeños (de 11, 7 y 4 años, en el momento de la expulsión). Nada más llegar al aeropuerto de la capital tunecina, era detenido. La demandante alegaba que estaba enferma de hepatitis y bronco-neumonía.

La orden de expulsión había sido dada por el Ministro italiano de Interior, en aplicación de un decreto-ley de 2005 sobre «medidas urgentes para combatir el terrorismo internacional». Antes de que fuera expulsado, Italia solicitaba y obtenía de Túnez las correspondientes «seguridades diplomáticas», en las que el segundo Estado se comprometía a respetar los derechos humanos del demandante.

#### El TEDH dice y decide

«60. El Tribunal ha enumerado los criterios que deben utilizarse para apreciar si una medida de expulsión era necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al fin legítimo perseguido...

61. En este caso, la expulsión del primer demandante constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar...

62. El Tribunal estima igualmente que la injerencia impugnada perseguía fines legítimos, como la protección de la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales.

63. En este sentido, según las informaciones aportadas por el Ministerio de Interior, el primer demandante había sido condenado en Italia en dos ocasiones a penas privativas de libertad por posesión y venta de estupefacientes; además, en 1999 y 2001 había sido arrestado por ultraje y resis-

tencia a un oficial público ... Además el Ministro de Interior afirmaba que estaba en posesión de elementos que permitían pensar que el primer demandante había mantenido estrechas relaciones con elementos del primer plan del integrismo islámico en Italia. Además, el Tribunal observa que la tesis de la implicación del primer demandante en actividades susceptibles de alterar el orden público también estaba corroborado por el hecho de que el interesado ha sido acusado, en Túnez, de adhesión a una organización terrorista y de recogida de fondos destinados a financiar personas, organizaciones y actividades terroristas...

65. Respecto a la vida familiar del primer demandante en Italia, el Tribunal observa que está casado con la demandante y que los tres hijos de la pareja nacieron, respectivamente, en 1996, 2001 y 2004 (ver el párrafo 6). En el momento de la expulsión, eran todavía niños y capaces de adaptarse. Nacidos de una italiana, poseen la nacionalidad de este Estado. Podrían por tanto, si seguían a Túnez a su padre, volver a Italia con regularidad para visitar a los miembros de su familia en este país.

66. El Tribunal no subestima las dificultades prácticas que implicaría para la demandante el hecho de seguir a su marido a Túnez. Observa sin embargo que nada prueba que la enfermedad sufrida por la Sra. Brusadelli no pueda ser tratada de manera eficaz en este país. Además, ella ya ha podido estar con su marido cuando se hallaba detenido en Túnez. En cualquier situación, en las circunstancias particulares del caso, las exigencias de protección del orden público y de la seguridad nacional priman sobre los intereses de la familia....

69. A la vista de lo anterior, el Tribunal estima que la expulsión del primer demandante no ha roto el justo equilibrio que debe mantenerse en la materia, entre las exigencias del respeto de la vida familiar de la demandante y del segundo demandante y los fines legítimos perseguidos por las autoridades. La medida impugnada era necesaria en una sociedad democrática».

Por eso el Tribunal decide por cuatro votos contra tres que la ejecución de la expulsión del primer demandante a Túnez no ha violado el artículo 8 de la Convención. A la sentencia se añade la opinión concordante del Juez Sajó y la opinión común parcialmente disidente de los Jueces Tulkens, Jociené y Popovic.

### Nota crítica

Al contrario que en los casos de nacionales tunecinos contra Italia, analizados en el artículo 3, la expulsión del primer demandante ha sido considerada válida. Como dice la sentencia, «las exigencias de protección del orden público y de la seguridad nacional priman sobre los intereses de la familia». La solución es la misma que la dada por la Gran Sala en su sentencia de 18 de octubre de 2006 en el caso *Üner/Holanda*.

La solución dada a este caso suscita al menos dos interrogantes de trascendencia:

- 1.<sup>a</sup> ¿Cómo admite el TEDH las llamadas «seguridades diplomáticas», solicitadas por Italia y concedidas automáticamente por Túnez?
- 2.<sup>a</sup> ¿Respeto esta sentencia el interés superior de los tres menores, que debe protegerse en primer término según la Convención de Derechos del Niño, de la cual tanto Italia como Túnez son partes?

Por otro lado, la argumentación jurídica sobre el hecho de que los menores pueden integrarse y sobre la posibilidad de que la demandante siga a su marido a Túnez parece bastante débil.

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

#### X. LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN DE LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULO 9 CONV.)

«Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

#### El caso MIROLUBOVYS Y OTROS/LETONIA (Sentencia de 15 de septiembre de 2009)

##### Hechos

Entre los tres demandantes se incluye un «no ciudadano residente permanente» en Letonia, como se denomina a las personas que integran la minoría rusa y la mayoría de las cuales habría que calificar de apátridas (como consecuencia precisamente de la desaparición de la Unión Soviética). El caso aborda una vez más un problema de una confesión religiosa (denominada «vetero-ortodoxa», RGVD), en cuyas decisiones interviene el gobierno letón.

##### El TEDH dice y decide

«95. El Tribunal concluye que la intervención de la Dirección<sup>8</sup> en el conflicto entre los dos grupos de parroquianos en el seno de la RGVD ha sido realizada mediante una decisión insuficientemente motivada, sin tener presentes todas las circunstancias pertinentes del caso y que, además, ha despreciado la obligación de neutralidad del Estado en materia religiosa. Como consecuencia de esta intervención, los demandantes han sido expulsados de su templo y nunca han podido volver a él. Semejante ingerencia no puede considerarse “necesaria en una sociedad democrática”, cualquiera que sea el objetivo legítimo perseguido...

96. Por tanto, ha existido violación del artículo 9 de la Convención en cuanto al derecho de los demandantes de manifestar su religión».

##### Nota crítica

El principio de neutralidad del Estado en cuanto a las religiones es el que permite preservar la convivencia ciudadana en una Europa cada día más intercultural.

#### XI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, OPINIÓN E INFORMACIÓN DEL EXTRANJERO (ARTÍCULO 10 CONV.)

«Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia

(8) Órgano del gobierno letón.

de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

## El caso WOMEN ON WAVES Y OTRAS/PORTUGAL

### Hechos

La primera demandante es una fundación holandesa con sede en Ámsterdam; las otras dos (Clube Safo e Não te Prives y Grupo de Defesa dos Directos Sexuais) son asociaciones de derecho portugués con sede en Santarém y Coimbra. Las tres tienen como uno de sus fines el debate sobre los derechos reproductivos.

Invitada la primera de ellas a visitar Portugal, para realizar diversos seminarios y comparencias públicas con el objeto de discutir la posibilidad de elaborar una ley del aborto en Portugal, fletaba el buque Borndiep; cuando se acercaba a aguas portuguesas, la autoridad naval de ese Estado decidía prohibirle la entrada en ellas y enviaba un navío de guerra para vigilar al buque holandés. El Borndiep volvía a Holanda el 10 de septiembre de 2004.

Agotados los recursos judiciales internos portugueses, las tres entidades formulaban una demanda ante el TEDH; alegaban la violación de los artículos 5, 6, 10 y 11 de la Convención, aunque el Tribunal solamente examinaba la violación del artículo 10.

### El TEDH dice y decide

«28. El Tribunal advierte de entrada que la cuestión de la libertad de expresión es en este caso difícilmente separable de la de la libertad de reunión... Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, y sobre todo el hecho de que los argumentos de las demandantes se centran principalmente en la dificultad que se les opuso para que informaran al público en cuanto a la interrupción del embarazo y los derechos de las mujeres en general, el Tribunal considera más adecuado examinar la situación litigiosa solamente desde la perspectiva del artículo 10...».

#### *Sobre el cumplimiento del artículo 10 de la Convención*

«29. El Tribunal recuerda en primer término la importancia crucial de la libertad de expresión, que constituye una de las condiciones previas para el buen funcionamiento de la democracia...

30. El Tribunal considera en primer lugar que ha existido ingerencia en los derechos de las demandantes según la Convención. Efectivamente, la prohibición de entrada de un navío en aguas territoriales portuguesas ha impedido que las interesadas transmitiesen las informaciones y mantuviesen las reuniones y manifestaciones programadas...

32. No discuten las partes que la ingerencia estaba prevista por la ley, sobre todo en el artículo 19, 2.º, g), y en el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar...

35. El Tribunal acepta que la ingerencia impugnada pretendía los fines legítimos de la defensa del orden y de la protección de la salud, invocados tanto por el Secretario de Estado del Mar como por las jurisdicciones administrativas.

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

36. El Tribunal debe determinar si la medida impugnada –y las restricciones a la libertad de las demandantes de comunicar sus ideas e informaciones– respondía a una “necesidad social imperiosa” y que era proporcionada a los fines legítimos perseguidos...

37. Recuerda a este respecto que los Estados gozan en esta materia de cierto margen de apreciación... Pero este margen de apreciación camina a la par que el control del Tribunal, que debe asegurarse de que la ingerencia era proporcionada al fin legítimo perseguido, teniendo en cuenta el lugar eminente de la libertad de expresión...

41. En la medida en que el Gobierno alega que la entrada del buque en las aguas territoriales portuguesas habría podido dar lugar a infracciones a la legislación portuguesa del momento en materia de aborto, el Tribunal no descubre en los hechos indicios suficientemente serios que permitan pensar que las demandantes tenían la intención de violar de manera deliberada esta legislación. Sí es cierto que el tribunal administrativo de Coimbra se refiere, en su sentencia de 6 de septiembre de 2004, al hecho de que a bordo del *Borndiep* habría –en el momento de los hechos– medicamentos prohibidos en Portugal, nada indica que las demandantes tuviesen la intención, una vez arribadas a las aguas territoriales portuguesas, de administrarlos a las mujeres que los solicitaran. En cualquier caso, en este punto particular el Tribunal observa que las autoridades portuguesas tenían otros medios menos atentatorios contra los derechos de las demandantes que la prohibición total de entrada del buque: Hubieran podido, por ejemplo, embargar los medicamentos. El Tribunal recuerda en este sentido que la libertad de expresar opiniones durante una reunión pacífica reviste tal importancia que no puede sufrir cualquier limitación en la medida en la que el interesado no cometa por sí mismo, en esta ocasión, un acto reprochable...

43. En fin, el Tribunal considera que los Estados partes no pueden adoptar, en nombre de la protección de “la seguridad pública” cualquier medida que ellos consideren apropiada...

44. Por tanto, la ingerencia impugnada es desproporcionada respecto a los objetivos perseguidos. Existe pues violación del artículo 10 de la Convención».

### Nota crítica

La solución aportada por el Tribunal tiene especial trascendencia no solamente en cuanto a la libertad de expresión en sí misma, sino también respecto a la obligación de los Estados partes de no desorbitar el concepto de «seguridad pública».

## XII. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ARTÍCULO 13 CONV.)

Dice el artículo 13:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

## Casos BEN SALAH/ITALIA Y SOLTANA/ITALIA

### Hechos

Ver el artículo 3.

### El Tribunal dice y decide

*En el caso BEN SALAH el Tribunal afirma:*

«48. El Tribunal observa que la expulsión del demandante, ordenada por el ministro italiano de Interior, ha sido examinada por el juez de paz de Roma, que podía anularla o validarla... Ante esta jurisdicción el interesado ha gozado de garantías procesales suficientes y ha tenido la posibilidad de presentar todos los argumentos contra su expulsión.

49. Además, el Tribunal recuerda que el derecho a un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 de la Convención no puede interpretarse que otorga un derecho a que la demanda sea acogida en el sentido en el cual lo entiende el interesado...

50. En estas circunstancias, no puede comprobarse ninguna apariencia de violación de artículo 1 del Protocolo núm. 7 y el artículo 13 de la Convención.

51. De ello se deduce que esta parte de la demanda debe ser rechazada como manifiestamente mal fundada y debe ser rechazada en aplicación el artículo 35, 3.º y 4.º de la Convención».

#### **Nota crítica:**

La solución dada por el TEDH parece perfectamente lógica.

### **XIII. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR (ARTÍCULO 14 CONV.)**

Dice el artículo 14:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Dos casos afectan a esta norma en el período analizado. Desde luego, dado el carácter dependiente de esta norma, se hallan afectadas asimismo otras normas convencionales.

#### **El caso ANDREJEVA/LETONIA (Sentencia de 18 de febrero de 2009)**

##### **Hechos**

De nuevo nos encontramos con una «no ciudadana residente permanente», o sea una apátrida como consecuencia de la disolución de la Unión Soviética. Había vivido y trabajado durante la mayor parte de su vida en territorio letón, pero también trabajó en otro territorio soviético fronterizo con Letonia, mientras vivía en Letonia. Cuando se plantea su jubilación en 1997, el Estado letón le paga la pública solamente por el trabajo realizado en territorio letón. Se siente por tanto discriminada y alega la violación del artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1 y del artículo 14 de la Convención.

Estamos ante sentencia de la Gran Sala, dado que la Sala a la que le había correspondido el caso lo remitió directamente. A la sentencia se suma la opinión parcialmente disidente de la Juez Ziemele.

##### **El TEDH dice y decide**

*Sobre el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1:*

«74. El Tribunal recuerda que el artículo 14 de la Convención no tiene existencia independiente puesto que sirve únicamente para el disfrute de los derechos y libertades garantizados por las cláusulas normativas de la Convención y de sus protocolos...

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

77. El Tribunal ha afirmado también que todos los principios que se aplican generalmente a los asuntos relativos al artículo 1 del Protocolo núm. 1 guardan toda su pertinencia en el ámbito de las prestaciones sociales... Esta disposición no garantiza en cuanto tal ningún derecho a una pensión de un monto concreto... Pero, cuando un Estado parte mantiene una legislación que prevé el pago automático de una prestación social –dependa o no dependa el pago de esa prestación del abono previo de cotizaciones– debe considerarse que esta legislación engendra un interés patrimonial relevante en el campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo 1 para las personas que cumplan sus condiciones...

78. ... El Tribunal observa que el artículo 1 de las disposiciones transitorias de la ley letona sobre pensiones del Estado crea el derecho de percibir una pensión de jubilación en virtud de los años de trabajo realizados en el territorio de la ex URSS (“fuera de Letonia”, en la versión anterior al 1 de enero de 2006) independientemente del pago de cualesquiera cotizaciones, pero que reserva este derecho a los nacionales letones. Precisamente por ello, la demandante ha visto rechazada su solicitud de pensión por el único motivo de que no tenía la nacionalidad letona...

80. De ello se deduce que los intereses patrimoniales de la demandante entran en el campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 y del derecho al respeto de los bienes que esta norma garantiza, lo cual es suficiente para hacer aplicable el artículo 14 de la Convención».

#### *Sobre el artículo 14 de la Convención:*

«81. Según la jurisprudencia del Tribunal, la discriminación consiste en tratar de manera diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones comparables. La “falta de justificación objetiva y razonable” significa que la distinción impugnada no persigue un “fin legítimo” o que no tiene “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin pretendido”...

85. En el presente caso el Tribunal observa de entrada que, en las sentencias de 4 y 6 de mayo de 1999, el tribunal regional de Riga y la Corte suprema reconocieron que el hecho de trabajar para un organismo situado fuera de territorio letón, cuando la demandante se hallaba físicamente presente en Letonia, no constituía un “trabajo en territorio letón”, según la ley relativa a las pensiones del Estado...

86. El Tribunal admite que la distinción impugnada persigue al menos un fin legítimo generalmente compatible con los objetivos generales de la Convención, a saber, la protección del sistema económico del país. Nadie niega que después de la independencia de Letonia y de la destrucción subsiguiente de la URSS, las autoridades letonas debieron hacer frente a una multitud de problemas ligados, por una parte, a la necesidad de crear un sistema viable de seguridad social y, por otra, a las capacidades reducidas del presupuesto nacional...

87. Queda por concretar si existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin legítimo antes mencionado y los medios empleados en el caso... En el caso nadie niega que un ciudadano letón en las mismas condiciones que la demandante y habiendo trabajado en la misma empresa durante el mismo período obtendría una pensión completa de jubilación. Además, las partes coinciden en afirmar que si la demandante se convierte en letona por naturalización, recibiría automática la pensión debida por toda su vida profesional. La nacionalidad constituye por tanto el solo y único criterio de distinción; el Tribunal ha decidido en el pasado que únicamente consideraciones muy fuertes pueden llevarla a considerar compatible con la Convención una diferencia de trato exclusivamente fundada en la nacionalidad...

91. Finalmente el Tribunal no puede admitir la tesis del Gobierno según la cual sería suficiente que la demandante se naturalizase letona para obtener la pensión íntegra. En efecto, la prohibición de

discriminación consagrada por el artículo 14 de la Convención solamente tiene sentido si, en cada caso particular, se toma en cuenta la situación personal de la demandante respecto a todos los criterios enumerados en esta norma. Una aproximación contraria, consistente en rechazar a la víctima porque hubiera podido escapar a la discriminación modificando uno de los elementos impugnados –por ejemplo, adquiriendo una nacionalidad– vaciaría de su sustancia al artículo 14».

### Nota crítica

Es importante esta sentencia por el juego que otorga a la no discriminación; además, resalta el hecho de que de modo indirecto el Tribunal comienza a proteger derechos cuya protección no le atribuye de manera explícita la misma Convención. Esta protección «de rebote» es importante desde hace tiempo respecto al artículo 8 de la Convención y el medio ambiente, pero resulta mucho más moderna en cuanto a pensiones de jubilación.

### XIV. EL DERECHO DE DEMANDA INDIVIDUAL ANTE EL TEDH (ARTÍCULO 34 CONV.)

Dice el artículo 34:

«El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

### El caso BEN KHEMAIS/ITALIA (Sentencia de 24 de febrero de 2009)

#### Hechos

Este tunecino, acusado de asociación de malhechores, falsificación de documentos y ayuda a la inmigración clandestina, era expulsado a Túnez, a pesar de haber alegado que allí sufriría torturas. Las seguridades diplomáticas ofrecidas por Túnez en sentido contrario de nada sirvieron pues se ha comprobado que fue torturado y condenado a 10 años de prisión, acusado de ser miembro de una organización terrorista.

El Tribunal comprobó pues que se había violado el artículo 3 de la Convención. Lo más grave del caso es que el Tribunal había adoptado el 29 de marzo de 2007 medidas provisionales en las que (en virtud del artículo 39 del Reglamento) se obligaba al Gobierno italiano a no expulsarlo hacia territorio tunecino, hasta que el propio Tribunal decidiese; la expulsión se ejecutaba el 28 de junio de 2008.

#### El TEDH dice y decide (sobre las medidas provisionales)

«80. El Tribunal recuerda que el artículo 39 del Reglamento habilita a las cámaras o, en su caso, a su presidente para adoptar medidas provisionales. Estas medidas no han sido adoptadas más que cuando es estrictamente necesario y en ámbitos concretos, en principio en presencia de un riesgo inminente de daño irreparable. En la gran mayoría de los casos se trataba de casos de expulsión y de extradición...

81. ... Una medida provisional tiene por objeto mantener el *statu quo* esperando que el Tribunal se pronuncie sobre la justificación de la medida... Por consiguiente, el demandante solicita una medi-

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

da provisional y el Tribunal la acuerda, para facilitar “el ejercicio efectivo” del derecho de recurso individual garantizado por el artículo 34 de la Convención...

83. El incumplimiento de medidas provisionales por un Estado parte debe considerarse que impide que el Tribunal examine eficazmente la argumentación del demandante y traba el ejercicio eficaz de su derecho y, por tanto, es una violación del artículo 14...

86. Además el Tribunal anota que el Gobierno demandado, antes de expulsar al demandante, no ha solicitado el levantamiento de la medida provisional adoptada según el artículo 39 del Reglamento del Tribunal, que sabía que se encontraba en vigor, y ha procedido a la expulsión incluso antes de obtener las seguridades diplomáticas que invoca en sus observaciones».

Por eso el Tribunal decide que (además de la violación del artículo 3) Italia ha violado el artículo 34 de la Convención.

### Nota crítica

El desprecio de las autoridades italianas en este caso hacia el Tribunal es inadmisibles. Las tesis de los sucesivos gobiernos Berlusconi en materia de inmigración hallan a veces hasta confirmaciones jurisprudenciales como este desprecio.

Por otro lado, de nuevo nos encontramos con las seguridades diplomáticas que nada aseguran.

Desgraciadamente el Tribunal solamente pudo condenar a Italia al pago de 10.000 € por daño moral, no a la readmisión en su territorio cuando estuviera en condiciones de abandonar Túnez.

## XV. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA (ARTÍCULO 35 CONV.)

Dice el artículo 35:

«1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34, cuando:

- a) sea anónima; o
- b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

3. El Tribunal considerará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.

4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento».

Ver las sentencias dictadas en los casos *Abdelhedi/Italia*, *Ben Salah/Italia* y *Soltana/Italia*, antes analizados (artículos 3 y 13 de la Convención y Protocolo adicional núm. 4, artículo 2, Protocolo adicional núm. 7 en su artículo 1).

## XVI. EL DERECHO AL RESPETO DE LOS BIENES DE LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULO 1, PROTOCOLO NÚM. 1)

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1:

«Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

Pueden consultarse las sentencias dictadas en los siguientes casos:

- *Grifhorts/Francia* (26 de febrero de 2009; arreglo amistoso, Sentencia de 10 de diciembre de 2009),
- *Elias/Rumania* (12 de mayo de 2009),
- *Becksei/Rumania* (7 de julio de 2009),
- *Turus/Rumania* (7 de julio de 2009) y
- *Moon/Francia* (9 de julio de 2009; arreglo amistoso, Sentencia de 22 de abril de 2010).

## XVII. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE SE HALLEN LEGALMENTE EN TERRITORIO DE UN ESTADO (ARTÍCULO 2 PROTOCOLO NÚM. 4)

Dice el artículo 2 del Protocolo adicional núm. 4:

«1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo.

3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática».

Esta norma era alegada en el caso *Ben Salah/Italia* (analizado en varios apartados de esta Crónica); pero declara su aplicación incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención (artículo 35.3.º y 4.º).

## XVIII. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS (ARTÍCULO 4, PROTOCOLO NÚM. 4)

Dice el artículo 4 del Protocolo adicional núm. 4:

«Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado).

## El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

### III

#### XIX. LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA EXPULSIÓN INDIVIDUAL (ARTÍCULO 1, PROTOCOLO NÚM. 7).

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 7:

«1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

- a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión,
- b) hacer que se examine su caso, y
- c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por dicha autoridad».

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional».

#### Los casos ABDELHEDI/ITALIA, BEN SALAH/ITALIA y SOLTANA/ITALIA

##### Hechos

Ver análisis del artículo 3.

##### El TEDH dice y decide<sup>9</sup>

«53. El Tribunal observa que la expulsión del demandante había sido ordenada tras un proceso judicial contradictorio, durante el cual el interesado ha gozado de garantías procesales suficientes y ha tenido la ocasión de presentar los argumentos contra su expulsión.

54. En estas circunstancias, no puede comprobarse ninguna apariencia de violación del artículo 1 del Protocolo núm. 7.

55. Por tanto, estamos ante una alegación manifiestamente mal fundada y debe rechazarse en aplicación del artículo 35.3.º y 4.º de la Convención».

##### Nota crítica

No suele ser frecuente la alegación de esta norma. En los tres casos citados se llega con toda lógica a rechazarla por manifiestamente mal fundada.

#### XX. LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE LOS ESPOSOS (ARTÍCULO 5, PROTOCOLO NÚM. 7)

«Artículo 5. Igualdad entre esposos.

Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. Este artículo no impedirá a los estados tomar las medidas necesarias en beneficio de los hijos».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado).

(9) Las referencias se realizan al caso Abdelhedi, pero existen asimismo en los otros dos casos.

**XXI. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ARTÍCULO 41 CONV.)**

Dice el artículo 41 de la Convención:

«Si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

En la sentencia dictada el 13 de enero de 2009 en el caso *Aliev/Georgia*, el Estado del Cáucaso fue condenado al pago de 10.000€ por daño moral.

En la Sentencias de 19 de febrero de 2009 en el caso *A. y otros/Reino Unido*, el Tribunal condenada al Estado demandado al pago de determinadas cantidades como daño moral (van desde 3.900 € a 1.700 €).

En la Sentencia dictada el 15 de diciembre de 2009 en el caso *Gurguchiani/España*, el demandado fue condenado al pago de 5.000 € por daño moral.

En la Sentencia dictada en el caso *Women On Waves y otras/Portugal* el Tribunal condenaba a ese Estado al pago de 2.000 € a cada una de las tres demandantes por daño moral.

En la Sentencia de 18 de febrero de 2009 en el caso *Andrejeva/Letonia*, la Gran Sala condenaba a este Estado al pago de 5.000 € por los perjuicios sufridos o daño material.

En la Sentencia de 24 de febrero de 2009 en el caso *Ben Khemais/Italia*, el demandado fue condenado al pago de 10.000 € por daño moral.

**XXII. LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES**

En el caso *Hamraoui/Italia* (Sentencia de 24 de marzo de 2009), el TEDH condenaba a dicho Estado al pago de 5.000€ por estos conceptos.

En el caso *Daoudi/Francia*, el Estado demandado hubo de pagar 4.500 € por gastos y costas procesales.

En la Sentencia de 19 de febrero de 2009 en el caso *A. y otros/Reino Unido*, el Tribunal condenada al Estado demandado al pago de 60.000 € por este concepto.

En la Sentencia dictada el 15 de enero de 2009 en el caso *liga del mundo islámico y organización islámica mundial de socorro/Francia* el demandado fue condenado al pago de 5.000 € por este concepto.

En la Sentencia dictada en el caso *women on waves y otras/Portugal* el Tribunal condenaba a ese Estado al pago de 3.309,40 € por este concepto.

En la Sentencia de 18 de febrero de 2009 en el caso *Andrejeva/Letonia*, la Gran Sala condenaba a este Estado al pago de 1.500 € por este concepto.

**XXIII. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH (ARTÍCULO 46 CONV.)**

Dice el artículo 46 de la Convención:

«1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes.

2. La sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros que velará por su ejecución».

Consultar la Web del Consejo de Europa sobre ejecución de sentencias del TEDH, [http://www.coe.int/T/F/Droits\\_de\\_l'Homme/execution/](http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/execution/).

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático de Derecho Internacional Público y  
RRII en la Universidad de Zaragoza y  
Director Adjunto de la REDMEX  
(agchueca@unizar.es)

IV

## El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la entrada en vigor del Protocolo Adicional núm. 14 en junio de 2010)

# SUMARIO

**I. A propósito del sistema europeo de protección de derechos humanos.**

**II. La primera reforma en profundidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se producía en 1998.**

**III. La segunda reforma en profundidad se produce en junio de 2010.** A) Elección de los jueces y duración de su mandato. B) La secretaría del Tribunal y los relatores. C) La posible intervención del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

**IV. Las actuales formaciones del Tribunal y sus competencias.** A) El pleno del TEDH. B) El Juez único como novedad en las formaciones del tribunal. C) Las competencias de los Comités. D) Las competencias de las Salas. E) Las competencias de las Secciones. F) Las competencias generales de la Gran Sala. G) La competencia de la Gran Sala en caso de inejecución de sentencia.

**V. El nuevo requisito de admisibilidad de las demandas individuales: la necesidad de haber sufrido un «perjuicio importante».**

**VI. La potenciación del arreglo amistoso.**

**VII. ¿Y las demandas interestatales?**

**VIII. La adhesión de la Unión Europea a la convención.**

**IX. A modo de conclusión.**

### **I. A PROPÓSITO DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

Cuando hablamos de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, normalmente incluimos en este concepto cinco elementos: Una Organización Internacional, uno o

varios Tratados internacionales de Derechos Humanos, una lista o catálogo de derechos protegidos, uno o varios órganos de protección y uno o varios procedimientos de protección.

Si este concepto lo aplicamos al caso del Consejo de Europa, esos elementos pueden observarse en un análisis sintético de la siguiente forma:

- 1.º La Organización Internacional es el Consejo de Europa, creado mediante el Estatuto de 5 de mayo de 1949 y actualmente formado por 47 Estados. Tiene su sede en Estrasburgo (Francia) y sin duda su gran obra ha sido y es la promoción y la protección de los derechos humanos.
- 2.º En cuanto al segundo elemento, los Tratados internacionales<sup>1</sup>, de los 208 firmados en el seno del Consejo de Europa hasta este momento, un elevado número protegen derechos humanos. Evidentemente es necesario destacar la Convención Europea de derechos humanos, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, completada por 15 Protocolos adicionales<sup>2</sup>. Las presentes reflexiones se centran sobre todo en el Protocolo núm. 14, que modifica el sistema en profundidad.
- 3.º Los derechos protegidos en los tratados citados, tercer elemento del sistema, pertenecen sobre todo a los denominados civiles y políticos. Otros tratados del sistema protegen derechos económicos, sociales y culturales<sup>3</sup> e incluso el respeto de los derechos humanos en el uso de la biología y la medicina<sup>4</sup>. Siendo sin duda esencial este aspecto, queda fuera del presente análisis.
- 4.º Respecto a los órganos de protección, se ha producido una muy significativa evolución; el texto firmado en Roma en 1950 hablaba de dos órganos de protección (Comisión Europea de Derechos Humanos y TEDH) y atribuía competencias protectoras también a un órgano político (el Comité de Ministros del Consejo de Europa). Actualmente el único órgano de protección existente es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el presente estudio analizaremos, sobre todo, las cuestiones que las posibles formaciones y las competencias del Tribunal suscitan en la actualidad.
- 5.º Finalmente, nos encontramos con los procedimientos de protección. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos los procedimientos han ido evolucionando desde los más frágiles (el envío de informes por el mismo Estado que debe respetar los derechos protegidos) hasta los más fuertes, las demandas de particulares contra Estados o de un Estado contra otro, que terminan en las correspondientes sentencias.

Vamos a centrarnos por tanto en el cuarto elemento del sistema europeo de protección de derechos humanos; no obstante, también será preciso hacer claras referencias al enunciado en quinto lugar.

(1) Los textos pueden verse en <http://conventions.coe.int>.

(2) Son los Protocolos 1-14, más el 14 bis.

(3) Hay que recordar especialmente la Carta Social Europea (1961) y la Carta Social Europea revisada (1996).

(4) Convención de Derechos Humanos y biomedicina, completada por cuatro Protocolos adicionales, el último de 2008.

## El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### IV

#### II. LA PRIMERA REFORMA EN PROFUNDIDAD DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH) SE PRODUCÍA EN 1998

La Convención Europea de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, regula en su Título I (artículos 1-18) los Derechos y las Libertades; dedica el Título II (artículos 19-51) al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, finalmente, su Título III (artículos 52-59) contiene disposiciones diversas sobre la misma vida convencional (ratificación, formulación de reservas, entrada en vigor, etc.).

Después de su creación por la Convención Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), establecido finalmente en 1959, ha sufrido dos profundas reformas: La primera de ellas sería la que entraba en vigor el 1 de noviembre de 1998, mediante la aplicación del Protocolo adicional núm. 11, adoptado cuatro años antes; la segunda acaba de entrar en vigor el 1 de junio de 2010.

Resulta imprescindible que se conozcan estas reformas (especialmente la entrada en vigor en junio de 2010). Las reformas tienen tanta profundidad que puede hablarse hoy de un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los nuevos aspectos esenciales son organizativos y procesales; la línea principalmente seguida en el presente estudio es la del recurso o demanda individual.

La primera reforma, racionalizando y jurisdiccionalizando el sistema, transformaba radicalmente la estructura, produciendo importantes consecuencias, entre las que destacaremos las dos siguientes:

- Desaparecía la Comisión Europea de Derechos Humanos, hasta ese momento primera instancia del sistema del Consejo de Europa, a la que podían acudir los particulares que se considerasen víctimas de una violación de un derecho protegido en la Convención o en cualquiera de sus Protocolos adicionales;
- El Comité de Ministros del Consejo de Europa (el órgano más importante de esta Organización Internacional) dejaba de tener competencias cuasi-jurisdiccionales, puesto que ya no podía decidir sobre ninguna demanda en esta materia; hasta ese momento, no solamente decidía sino que en la decisión participaba el representante del Estado demandado; sin duda nos hallábamos ante una clara quiebra de la mínima imparcialidad procesal, imprescindible en cualquier supuesto. En síntesis, el Comité de Ministros veía limitadas sus competencias en protección de derechos humanos a la comprobación de la ejecución de las sentencias dictadas por el TEDH (artículo 46 de la Convención) y a la posibilidad de solicitar opiniones consultivas (artículo 47 de la Convención).

La entrada en vigor del Protocolo núm. 11 convirtió, por tanto, al Tribunal en el único órgano de protección del sistema, jurisdiccionalizó el sistema. Este órgano permanente tiene competencia para proteger los derechos incluidos en la propia Convención de 1950 y en los Protocolos adicionales que han incorporado nuevos derechos<sup>5</sup>, así como para emitir las opiniones consultivas que el Comité de Ministros le solicite.

(5) Incorporan nuevos derechos los llamados «Protocolos normativos», que son el 1, 4, 6, 7, 12 y 13.

### III. LA SEGUNDA REFORMA EN PROFUNDIDAD SE PRODUCE EN JUNIO DE 2010

La segunda reforma en profundidad del TEDH entraba en vigor en 2010<sup>6</sup>. Se trataba de ajustar el sistema a las necesidades de protección crecientemente expresadas, sobre todo por los particulares y, por tanto, de garantizar a medio plazo que el Tribunal va a continuar otorgando una protección efectiva y no teórica o ilusoria a los ochocientos millones de personas sometidas a la jurisdicción de los Estados partes en él.

Esta necesidad se hacía sentir con fuerza, dado el elevado número de demandas que se presentaban cada año ante el TEDH; aun cuando más del 90% de las demandas individuales presentadas sean declaradas inadmisibles (por no cumplir los requisitos del artículo 35 de la Convención), la sobrecarga de trabajo era inasumible para este Tribunal, con características únicas en el planeta. El propio TEDH señalaba en 2010 que en 1999 se habían enviado a un Comité o una Sala nada menos que 8.400 demandas, en 2003 esta cifra se había elevado hasta 27.200 y en 2009 alcanzaban las 57.200<sup>7</sup>.

Tras la ratificación por parte de Rusia el 18 de febrero de 2010<sup>8</sup>, cumpliendo las previsiones del artículo 19 del Protocolo adicional núm. 14, se producía el 1 de junio de 2010 la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>9</sup>. Con ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha visto modificada su estructura y profundamente revisada la distribución de sus competencias<sup>10</sup>.

#### A) Elección de los jueces y duración de su mandato

Según el artículo 23.1.º, de la Convención, los jueces son elegidos por un período de nueve años y no son reelegibles.

Para reforzar su independencia, el Protocolo adicional núm. 14 ha ampliado el período por el que son elegidos (de 6 a 9 años) y, como contrapeso, ha impuesto el mandato único o no reelegibilidad (hasta ahora eran reelegibles por una sola vez, con lo cual podían acumular 12 años de

(6) Ver CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme: Un travail continu*, Estrasburgo 2009. Consultar asimismo los trabajos de la Conferencia de Interlaken, de 18-19 de febrero de 2010, sobre el futuro de los Derechos Humanos (<http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/eu/euroc/chprce/inter.html>, consultada el 17 de agosto de 2010).

(7) Ver el comunicado de prensa de 25 de mayo de 2010 en <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/Protocol+No.+14/>.

(8) Era el último de los 47 Estados partes, como exige el artículo 19. El informe explicativo del Protocolo núm. 14 puede verse en <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm> (STE 194). Además hay que recordar el Protocolo núm. 14 bis firmado en Estrasburgo el 27 de mayo de 2009 (STCE núm. 204), que entraba en vigor el 1 de octubre de 2009, que permitió la aplicación provisional de ciertas normas del Protocolo núm. 14, hasta la entrada en vigor de éste. Lógicamente este Protocolo adicional núm. 14 bis ha dejado de tener vigencia.

(9) Texto en español en <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/>. Ver J.A. PASTOR RIDRUEJO, «El Protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el tribunal», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2005, pp. 141 y ss. y C. MORTE GÓMEZ, «El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Primeros pasos para una nueva reforma», *Anuario de Derechos Humanos*, 2004, pp. 755 y ss.

(10) Es preciso consultar el actual Reglamento del TEDH, de 1 de junio de 2010, cuyo texto puede verse en <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/Other+texts/Rules+of+Court/>.

## El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### IV

judicatura en el TEDH en dos mandatos). En todo caso, su mandato termina al cumplir los 70 años, como sucedía hasta el presente.

### B) La Secretaría del Tribunal y los relatores

El vigente artículo 24 de la Convención norma la vida de la Secretaría del Tribunal y de los llamados Relatores. Si la reforma no afecta esencialmente a la Secretaría, sí lo hace en cuanto suprime la figura de los denominados «referendarios», introducida por el Protocolo núm. 11 y que realmente no han cumplido una función autónoma.

Aparecen, sin embargo, ahora los relatores. Según el artículo 18.A) del vigente Reglamento, son relatores «no judiciales», que forman parte de la Secretaría y actúan bajo la autoridad del Presidente del Tribunal. Estos relatores no judiciales son designados por el mencionado Presidente, a propuesta del Secretario y sólo trabajan cuando el Tribunal esté constituido en formación de Juez único<sup>11</sup>.

La diferenciación entre relatores judiciales y no judiciales resulta importante puesto que el capítulo III del Reglamento del Tribunal (artículos 48-50) regula precisamente la figura de los «Jueces relatores». Actúan tanto en casos interestatales como individuales, ante la Sala o la Gran Sala; suele nombrarse un único Juez relator pero en los casos interestatales pueden ser varios.

### C) La posible intervención del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa

El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa era creado mediante la Resolución (95) 50 del Comité de Ministros, adoptada el 7 de mayo de 1999. Estamos ante un órgano de promoción de los derechos humanos, no de protección; en efecto, debe promover la educación, la sensibilización y el respeto de los derechos humanos, pero no puede recibir demandas o quejas individuales<sup>12</sup>.

El artículo 36.3.º de la Convención, introducido por el Protocolo adicional núm. 14, señala expresamente: «En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista».

Según el Informe Explicativo<sup>13</sup>, esta norma procede de una solicitud expresa del Comisario, apoyada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En realidad, traslada al texto convencional una práctica ya existente según la cual el Presidente del Tribunal (a iniciativa propia o mediante solicitud) invitaba al Comisario a intervenir en algunos asuntos pendientes.

(11) Artículo 24.2.º de la Convención. No queda clara la duración de sus mandatos ni su modo de reclutamiento, etc.; parece que se trata de prácticos del Derecho (*Rapport Explicatif* sobre el Protocolo núm. 14, pár. 59).

(12) Artículo 1 de la Resolución citada.

(13) Párrafos 86-87. Ver asimismo el artículo 44.2.º del Reglamento del Tribunal.

#### IV. LAS ACTUALES FORMACIONES DEL TRIBUNAL Y SUS COMPETENCIAS

Veremos ahora las distintas formaciones del Tribunal en su configuración actual, así como las competencias de cada una de ellas. En este aspecto las reformas han de ser calificadas como sustantivas, buscando en todo caso la mayor agilidad posible en las actuaciones del TEDH.

Curiosamente nos encontramos en esta materia con una diferencia entre la Convención Europea y el Reglamento del Tribunal:

- 1.<sup>a</sup> Si leemos únicamente los artículos 25-26 de la Convención, las formaciones jurisdiccionales actuales del Tribunal son (por orden descendente) las cinco siguientes: Pleno, Gran Sala, Sala, Comité y Juez único.
- 2.<sup>a</sup> Pero, si acudimos al Reglamento del Tribunal, hablaremos de seis formaciones; a las cinco enunciadas anteriormente deben sumarse las llamadas «Secciones», reguladas en el Reglamento inmediatamente después de la Gran Sala. Ello sucede porque las Salas [a las que se refiere el artículo 25.b) de la Convención] no son las mismas que las reguladas en los artículo s26 y ss.<sup>14</sup>; las primeras serán las Secciones mientras las segundas serán las Salas en sentido propio.
- 3.<sup>a</sup> Completando el panorama, aún deberíamos referirnos a una séptima formación, el llamado «colegio de cinco jueces», previsto en el artículo 43.2.º, de la Convención.

El artículo 1.h) del Reglamento señala que el término «Tribunal» designa indistintamente al Pleno del Tribunal, la Gran Sala, una Sección, una Sala, un Comité, un Juez único o el colegio de cinco Jueces mencionado en el artículo 43.2.º, de la Convención. En otros términos, los actos de cualquiera de estas formaciones del Tribunal (incluida la formación administrativa de las Secciones) son actos del TEDH en sentido propio.

En el actual Tribunal Europeo sobresale principalmente la novedad que supone el Juez único y es preciso destacar, asimismo, la nueva distribución de competencias. Veremos ahora la composición y competencias de las seis formaciones del Tribunal.

#### A) El Pleno del TEDH

El Pleno, evidentemente, está formado por los 47 Jueces del TEDH. Según el actual artículo 25 de la Convención tiene, en general, las mismas competencias que tenía hasta el presente, como la elección del Presidente y uno o dos vicepresidentes, la constitución de las Salas por un período determinado (en realidad, las Secciones), la elección de los presidentes de las Salas, la aprobación del Reglamento y la elección del Secretario y de uno o varios Secretarios adjuntos.

Asume, sin embargo, una nueva competencia, la de formular una solicitud para que el Comité de Ministros reduzca a cinco el número de Jueces de las Salas durante un período determinado [artículos 25.f) y 26.2.º].

(14) Ver pár. 6o del Informe Explicativo.

## El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### IV

#### B) El Juez único como novedad en las formaciones del Tribunal

La nueva formación, la de Juez único, ofrece sin duda interesantes perspectivas. Según el Reglamento<sup>15</sup>, es nombrado por el Presidente del Tribunal por un período de 12 meses, mediante rotación; además el Presidente fija la lista de los Estados partes respecto a los cuales un Juez único concreto ejercerá sus competencias durante ese período. Como señalaba antes, son asistidos por un Relator no judicial.

El Juez único puede declarar inadmisibles una demanda individual o decidir su archivo, cuando tal decisión pueda adoptarse sin un examen complementario; además, esta resolución es definitiva, realiza así una primera labor de filtrado. Si no procede a la declaración de inadmisibilidad ni al archivo, debe enviar la demanda a un Comité o a una Sala para que realicen ese examen complementario (artículo 27 de la Convención).

El artículo 52 A del Reglamento observa por su parte que un Juez único no puede decidir sobre una demanda presentada contra el Estado que lo ha presentado en la terna para su elección.

#### C) Las competencias de los Comités

La expresión «comité» designa un comité de tres jueces, constituido en aplicación del artículo 26.1.º, de la Convención<sup>16</sup>. Las competencias de los Comités han sido ampliadas, como se deduce del vigente artículo 28 de la Convención. Por un lado, como sucedía hasta ahora, el Comité también puede declarar inadmisibles o archivar una demanda individual; por otra parte, un Comité puede declararla admisible (total o parcialmente) y dictar al mismo tiempo sentencia sobre el fondo de un caso.

El Comité puede decidir sobre el fondo «si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación y aplicación de la Convención o de sus Protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia bien establecida del Tribunal» [artículo 28, 1.º.b]. Por tanto, como señala el Informe Explicativo del Protocolo núm. 14, esta competencia se extiende a asuntos que son repetitivos o clónicos, en los que ya se ha dictado una sentencia «piloto». Para ello se ha establecido «un procedimiento que es a la vez simplificado y acelerado, que, sin embargo, conserva su naturaleza contradictoria jurisdiccional y colegial para las decisiones sobre el fondo»<sup>17</sup>. Realizan pues los Comités otra importante labor de filtrado.

Por regla general, cuando el Comité decida sobre el fondo de una demanda, no formará parte de él el juez elegido a propuesta de un Estado, si el demandado es dicho Estado. Ello sucede salvo que el mismo Comité solicite su inclusión, sobre todo en los casos en los que se cuestione que el particular ha respetado la regla del agotamiento de los recursos internos del Estado demandado.

Además «las decisiones y sentencias dictadas en virtud del párrafo 1 serán definitivas» (artículo 28.2.º, de la Convención). Por ello, no podrán recurrirse ya ni a una Sala ni a una Gran Sala; efec-

(15) Artículo 27.A).

(16) Artículo 1.f) del Reglamento.

(17) Párrafos 69 y 70.

tivamente el artículo 43.1.º de la Convención señala que un asunto podrá ser remitido a la Gran Sala «en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala».

#### D) Las competencias de las Salas

Las Salas están formadas por 7 miembros<sup>18</sup>. Es la Sala la que constituye los Comités de 3 miembros; por un período determinado.

Si la demanda ha sido admitida y no ha existido sentencia en la fase del Comité, el asunto pasa a una Sala, que vuelve a examinar la admisibilidad y el fondo, ahora de modo conjunto. La Sala bien declara la inadmisibilidad total del caso, bien dicta sentencia (si ha declarado el caso al menos parcialmente admisible), bien se inhibe a favor de la Gran Sala (artículo 30 de la Convención).

También ha de recordarse la posibilidad, antes indicada, de que el Comité de Ministros reduzca el número de jueces de las Salas desde siete hasta cinco.

#### E) Las competencias de las Secciones

La expresión «Sección» designa una Sala constituida por el Pleno del Tribunal para un período determinado, en virtud del artículo 25.b), de la Convención<sup>19</sup>. Según el Informe Explicativo, al introducir las Secciones «no se juzgó necesario enmendar la Convención con el fin de clarificar esta distinción». El mismo Informe califica a las Secciones como «entidades administrativas del Tribunal»<sup>20</sup>.

El Reglamento regula las secciones en varias normas. Los aspectos más relevantes son:

- 1.ª Existe un Presidente y un Vicepresidente de cada Sección (artículo 8). El artículo 12 regula la presidencia.
- 2.ª El artículo 25 regula la constitución: Afirma que las Secciones se constituyen por el Pleno del Tribunal, a propuesta del Presidente, por un período de tres años y que habrá al menos cuatro y puede haber una suplementaria. Según esta norma, cada Juez es miembro de una Sección.
- 3.ª El artículo 52 clarifica un poco las cosas, puesto que afirma (en su párrafo 2.º) que el Presidente de cada Sección «constituye la Sala de siete Jueces prevista en el artículo 26.1.º, de la Convención». Luego parece claro que la Sección es más amplia que la propia Sala.
- 4.ª El mismo artículo 52, en su párrafo 1.º, señala que las demandas individuales son atribuidas por el Presidente del Tribunal a una Sección, «teniendo en cuenta un reparto equitativo de la carga de trabajo entre las Secciones».

De las normas analizadas se deduce que las Secciones tienen, por tanto, este carácter administrativo y, en sentido estricto, no pueden ser calificadas como formaciones jurisdiccionales del

(18) Salvo que se ponga en funcionamiento el mecanismo ya citado de reducción de su número a 5.

(19) Artículo 1.d) del Reglamento.

(20) Pár. 6o.

## El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### IV

Tribunal. Pero ello no obsta para reconocerles sus funciones y su posición en el organigrama del TEDH.

### F) Las competencias generales de la Gran Sala

Como hasta el presente, la Gran Sala está formada por 17 miembros (y, al menos, 3 jueces suplentes, dice el artículo 24 del Reglamento). Nos detendremos ahora en las competencias de la Gran Sala, en dos bloques: Las que pueden denominarse como competencias generales y las que se le atribuyen en caso de inejecución de una sentencia.

Según el artículo 31 de la Convención, la Gran Sala tiene tres grupos de competencias:

- 1.º Las demandas presentadas en virtud del artículo 33 o del artículo 34, cuando el asunto le haya sido elevado por la Sala en virtud del artículo 30 o cuando el asunto le haya sido deferido en virtud del artículo 43;
- 2.º Las cuestiones sometidas al Tribunal por el Comité de Ministros de conformidad con el párrafo 4 del artículo 46; y
- 3.º Las solicitudes de opiniones consultivas en virtud del artículo 47.

Por tanto, de la interpretación y la aplicación simultáneas de los artículos 28 y 43 de la Convención (y del artículo 73 del Reglamento) se deduce que las decisiones de archivo de un caso de un Juez único y las sentencias dictadas por los Comités son definitivas y no pueden ser remitidas a la Gran Sala. En otras palabras, a la Gran Sala sí le pueden llegar las sentencias dictadas por una Sala y no conocerá tan sólo en casos de desistimiento.

Respecto a los casos que llegan a la Gran Sala, el artículo 43 de la Convención prevé que sea un colegio de cinco jueces (nombrado por la Gran Sala) el que acepte o rechace la demanda. El primer caso se producirá si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación de la Convención o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general.

### G) La competencia de la Gran Sala en caso de inejecución de sentencia

Se ha producido, por otro lado, una profunda modificación del artículo 46, que regula la fuerza obligatoria y la ejecución de las sentencias. A los anteriores párrafos 1.º y 2.º han sido añadidos los párrafos 3.º, 4.º y 5.º.

El tenor actual de este artículo atribuye una nueva competencia a la Gran Sala, en el caso de inejecución de una sentencia. La nueva competencia puede resumirse en los siguientes pasos:

- a) Si el Comité de Ministros considera que un Estado parte se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, remitir al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación.
- b) Se le otorga por tanto subjetividad activa al Comité de Ministros en este terreno; el artículo 95 del Reglamento señala que «toda demanda introducida en virtud del artículo 46.4.º, de la

Convención debe ser motivada y ser dirigida al Secretario. Además debe estar documentada (sentencia, informaciones sobre el incumplimiento, copia de la notificación del Comité de Ministros al Estado incumplidor, etc.)».

- c) Se constituye entonces una Gran Sala para decidir sobre el caso, a la que se presentan las observaciones escritas y otros documentos y que puede decidir tener un audiencia (artículo 98 del Reglamento).
- d) Constatada la violación por el Tribunal, el asunto vuelve de nuevo al Comité para que decida las medidas a adoptar. De esta manera, la ejecución de las sentencias no queda tan sólo en manos del órgano político del Consejo de Europa, el Comité de Ministros. Tras la decisión de incumplimiento, el Comité de Ministros se situará en el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa y podrá proceder a la suspensión del Estado incumplidor e incluso a su expulsión de la Organización.

#### **V. EL NUEVO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS INDIVIDUALES: LA NECESIDAD DE HABER SUFRIDO UN «PERJUICIO IMPORTANTE»**

El artículo 35.3.º.b) de la Convención en su actual redacción también establece un requisito adicional de admisibilidad, que se suma a los existentes hasta el momento. Desde la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 14, para que una demanda individual llegue al TEDH, el particular debe haber sufrido «un perjuicio importante».

Según el Informe Explicativo, este nuevo criterio o requisito tiene por fin «dar al Tribunal un instrumento suplementario que debería ayudarle en su trabajo de filtrado y permitirle consagrar más tiempo a los asuntos que justifican un examen del fondo, ya sea desde el punto de vista del interés jurídico del demandante individual o del más general del derecho de la Convención y del orden público europeo del que es parte»<sup>21</sup>.

Hasta dónde llegue la importancia del perjuicio y cómo evaluarla es algo por determinar en el futuro mediante la jurisprudencia del TEDH. El Informe Explicativo señala que «es necesario reconocer que estos términos deben ser interpretados (es el elemento de flexibilidad suplementaria ahora introducido). Pero sucede lo mismo con otros términos de la Convención, incluidos otros requisitos de admisibilidad»<sup>22</sup>.

El artículo 35.3.º.a) de la Convención afirma que una demanda puede ser declarada inadmisibile si es incompatible con las disposiciones de la Convención o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva. Estos conceptos jurídicos indeterminados, como sucede con la, importancia del perjuicio sufrido, conceden al Tribunal una enorme discrecionalidad.

Aun sin suponer un perjuicio importante sí pueden llegar al Tribunal los casos en los cuales, para preservar el respeto de los derechos humanos, se exija un examen del fondo de la demanda. De modo que este requisito de admisibilidad ha sido a su vez flexibilizado o relativizado por dos cláusulas de salvaguardia: La primera de ellas exige que no se cuestione el respeto de los Derechos Humanos; la segunda afirma que no podrá rechazarse, por haber sufrido un perjuicio

(21) Pár. 77.

(22) Pár. 80.

## El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### IV

«no importante», ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional; cuándo un asunto haya sido debidamente examinado a nivel interno y cuándo no lo haya sido de nuevo depende de la discrecionalidad del TEDH.

Dado el carácter de indeterminación de este nuevo requisito, es previsible que su aplicación provoque numerosas dificultades. Éstas resultarán especialmente patentes hasta que no haya una jurisprudencia firme sobre él, hasta que el TEDH no le haga abandonar su indeterminación convencional.

### VI. LA POTENCIACIÓN DEL ARREGLO AMISTOSO

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos suelen contener normas sobre el arreglo amistoso entre las partes. También se halla en el europeo.

El nuevo artículo 39 de la Convención se dedica de modo exclusivo al acuerdo o arreglo amistoso; en realidad, funde las normas del artículo 38.1.º.b) y 2.º, y del artículo 39, en una sola norma, dotada sin duda de mayor coherencia en el sistema convencional que la existente hasta el momento. Obviamente –como hasta el momento– la Convención Europea prevé o regula un arreglo amistoso que respete los derechos protegidos en la misma Convención y en sus Protocolos, no permite un arreglo conseguido a cualquier precio.

Señala la norma vigente que el Tribunal «en cualquier fase del procedimiento, podrá ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir un acuerdo amistoso». Luego, si esta disponibilidad existe en cualquier fase, podrá ponerse en funcionamiento el mecanismo del arreglo amistoso incluso en la fase de admisibilidad de la demanda; hasta el momento, para activar el acuerdo o arreglo amistoso, era necesario que se hubiera producido ya la admisibilidad de la demanda. Por tanto este Protocolo potencia esta forma de solución de diferencias entre un particular y un Estado en el terreno concreto de los derechos humanos.

El artículo 39.4.º, potencia además este modo de arreglo al señalar que la decisión del TEDH, validando el arreglo logrado entre las partes, se transmitirá asimismo al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos del arreglo amistoso tal como se recojan en la resolución. Hasta el momento, el Comité de Ministros solamente tenía competencia expresa para vigilar la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal, no de sus decisiones (artículo 46.2.º, de la Convención, antes de la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 14). A partir de ahora el Comité de Ministros se encarga de vigilar tanto la ejecución de las sentencias como de las decisiones del Tribunal<sup>23</sup>.

### VII. ¿Y LAS DEMANDAS INTERESTATALES?

Hemos hablado hasta el momento de las demandas individuales, sin duda las más importantes para el sistema. Veamos ahora las presentadas por un Estado contra otro, circunstancia que raramente se produce; tan raramente que a lo largo de 50 años de funcionamiento del Tribunal solamente ha conocido de 15 demandas de este tipo<sup>24</sup>.

(23) Ver el Informe Explicativo, párrafos 91-94.

(24) Ver la Tabla de demandas de este tipo en <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information+by+year/> La última, presentada por Georgia contra Rusia en 2008, todavía no ha sido sentenciada.

El artículo 33 de la Convención, que no ha sido modificado, señala expresamente:

«Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante».

Estos asuntos llegan a la Sala (artículos 29 de la Convención y 51 del Reglamento); en otros términos, en ellos nada tiene que decir ni el Juez único ni el Comité.

En los asuntos interestatales también cabe la inhibición de la Sala a favor de la Gran Sala (artículo 30 de la Convención). Además, una demanda interestatal puede ser remitida a la Gran Sala por una de las partes, en el plazo de tres meses, desde que la Sala dicte sentencia.

### VIII. LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA CONVENCION

La cuestión de la adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos se planteó ya en los años setenta del pasado siglo. La emisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de su Dictamen 2/94 (28 de marzo de 1996) fue sin duda un instante de gran trascendencia; en él se señalaba que la entonces Comunidad Europea no tenía competencia para celebrar un Tratado internacional de adhesión. Esta solución jurisprudencial, criticada por un significativo sector doctrinal<sup>25</sup>, ha sido superada ya tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Por parte del Consejo de Europa la posición en la actualidad es diáfana: El artículo 59 de la Convención, tras esta profunda modificación operada por la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 14, ha añadido un párrafo 2.º, en el cual se lee: «La Unión Europea podrá adherirse a la presente Convención». Cuando se produzca, esta adhesión se unirá a la de todos sus Estados miembros, que son partes en el citado Tratado internacional.

Por parte de la Unión Europea la posición actual no es menos nítida: La adhesión se halla prevista en el artículo 6.2.º, del Tratado de la Unión Europea, vigente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>26</sup>; esta norma, además de preverla, indica que la adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

Recogiendo la situación jurisprudencial (defendida desde hace años por el Tribunal de Justicia de la UE), el artículo 6.3.º, del Tratado de la Unión Europea observa que «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, formarán parte del Derecho de la Unión Europea como principios generales».

Por otro lado, es preciso recordar la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, el alcance y la protección de los derechos

(25) Consultar mi monografía *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, 2.ª ed. Bosch, Barcelona 1999, pp. 269 y ss. En aquel momento estaba claro que la Comunidad Europea no tenía competencia expresamente atribuida para la adhesión, pero las referencias a los derechos humanos eran de tal cantidad y calidad, que podía defenderse perfectamente que sí tenía una competencia implícita en la materia.

(26) Ver O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Feuille de route de la négociation», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 83, julio 2010, pp. 535 y ss. Evidentemente todos los problemas no están superados.

## El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### IV

insertos en la Carta son los mismos que el alcance y la protección de los derechos incluidos en la Convención Europea<sup>27</sup>.

Las negociaciones oficiales para la adhesión comenzaban en Estrasburgo el 7 de julio de 2010, cuando la Vicepresidenta de la Comisión Europea Viviane Reding visitaba al Secretario General del Consejo de Europa Thorbjørn Jagland<sup>28</sup>.

Cuando se produzca, la adhesión de la UE reforzará sin duda el sistema regional de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa. Evitará además querellas judiciales inútiles y perjudiciales para los mismos derechos humanos; si se prefiere, evitará la actual dicotomía Tribunal de Estrasburgo-Tribunal de Luxemburgo.

Tras la adhesión, el propio sistema de protección de los derechos humanos en la Unión Europea se verá completado y transformado en un sistema interno (a semejanza de los sistemas de cada Estado parte en la Convención). En esa óptica, durante las negociaciones debe plantearse la cuestión del agotamiento previo de los recursos internos de la Unión, antes de que un particular pueda demandarla ante el TEDH (como se desprende del artículo 35.1.º de la Convención).

Al adherirse la Unión a la Convención, se introducirá un control judicial adicional de la protección de los derechos fundamentales en la Unión<sup>29</sup>. El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo será competente para examinar si los actos de las instituciones, organismos y órganos de la UE (incluidas las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE) respetan el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos.

Con las anteriores ideas (sintéticamente expuestas) resulta fácil deducir que la adhesión exige una nueva reforma de la Convención, al menos en su sentido jurídico y técnico. Sin duda la adhesión constituirá un gran hito en la consolidación de un único Derecho Europeo de los Derechos Humanos, hasta ahora en gran medida bifronte (al menos formalmente).

## IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

El actual sistema europeo de protección de derechos humanos ha sido reforzado. Las reformas introducidas en la Convención sin duda tienen la loable finalidad de que el TEDH continúe siendo operativo y siga protegiendo los derechos humanos de todos y de todas, sin ninguna discriminación, con efectividad, en detrimento de quienes todavía piensan en un poder omnímodo de un Estado, objetivamente cada día menos soberano.

La estructura del Tribunal resulta ahora más flexible, menos encorsetada. El sistema, perfeccionable como cualquier obra humana, continúa siendo el mejor existente en el mundo.

(27) Artículo 52.3.º de la Carta. El artículo 53 de la Carta señala que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos protegidos en la Convención.

(28) Ver [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=PR545\(2010\)&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorIntt=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=PR545(2010)&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorIntt=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE).

(29) Consultar A. BAILLEUEX, «Le salut de l'adhésion? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en oeuvre du droit de la concurrence», *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, núm. 1, 2010, págs. 35 y ss. El autor analiza sobre todo los numerosos (como "innumerables" los califica en pág. 54) problemas políticos, técnicos y procesales.

Ángel G. Chueca Sancho

IV

Cabe preguntarse, sin embargo, si el actual sistema no tiene un punto problemático, que puede trastocar todo el mecanismo: Al introducir ese nuevo e indeterminado requisito de que el particular tiene que haber sufrido un «perjuicio importante» para que su demanda sea admitida, ¿no se está concretando monetariamente en exceso las soluciones a las demandas individuales presentadas?

El futuro nos dirá si esta y otras modificaciones sirven mejor al respeto efectivo y no ilusorio de los derechos humanos en el continente europeo.

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider, lighter orange band in the upper middle section and a narrower, darker orange band below it. The text 'Crónicas legislativas' is centered within the lighter orange band.

# Crónicas legislativas



# CRÓNICAS LEGISLATIVAS

## SUMARIO

### I. Fuentes internas.

### II. Fuentes internacionales.

### III. Fuentes de la Unión Europea.

#### I. FUENTES INTERNAS

- Orden INT/1098/2010, de 26 de abril, por la que se modifica la Orden INT/2103/2005, de 1 de julio, que desarrolla la estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de la Policía, para incorporar la nueva Unidad de Extranjería y documentación en Tomelloso (Ciudad Real) (BOE de 3 de mayo).
- Orden INT/1127/2010, de 19 de abril, por la que se modifica la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades (BOE de 3 de mayo).
- Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialistas en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea (BOE de 3 de mayo; c.e. BOE de 29 de mayo).
- Resolución de 18 de mayo de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2010, por el que se formalizan para el ejercicio 2010, los criterios objetivos de distribución así como la distribución resultante del crédito presupuestario, por un importe de 70.000.000 de euros, del Fondo de apoyo a la acogida e integración de inmigrantes, así como al refuerzo educativo de los mismos (BOE del 25).

#### II. FUENTES INTERNACIONALES

- Aplicación provisional del Convenio Básico de Cooperación entre el Reino de España y el Reino de Camboya, hecho en Phnom Pehn el 25 de febrero de 2010 (BOE de 5 de mayo).

## Crónicas legislativas

- Instrumento de Ratificación del Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004 (*BOE* de 28 de mayo de 2010).
- Aplicación provisional del Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Tunecina relativo a la supresión recíproca de visados en pasaportes de servicio y especiales, hecho en Túnez y Madrid el 24 de marzo y 16 de abril de 2010 (*BOE* de 2 de junio de 2010).
- Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho en Madrid el 12 de julio de 2005 (*BOE* de 19 de junio de 2010).
- Aplicación Provisional del Canje de Notas constitutivo de Acuerdo por el que se enmienda el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Estonia para la representación en la expedición de visados Schengen, de 11 de febrero de 2009, hecho en Madrid el 25 de marzo y 14 de mayo de 2010 (*BOE* de 24 de junio de 2010).
- Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Tayikistán, por otra, hecho en Luxemburgo el 11 de octubre de 2004 (*BOE* de 25 de junio de 2010).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República del Senegal sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho *ad referendum* en Madrid el 16 de diciembre de 2009 (*BOE* de 19 de julio de 2010).

### III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Reglamento (UE) núm. 351/2010, de la Comisión, de 23 de abril de 2010, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional, en lo que respecta a las definiciones de las categorías de grupos de países de nacimiento, grupos de países de residencia habitual anterior, grupos de países de residencia habitual posterior y grupos de nacionalidades (*DOUE*, L 104, del 24).
- Decisión del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (*DOUE*, L 111, de 4 de mayo).

## Crónicas legislativas

- Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2010 relativa a un plan de seguridad para el funcionamiento del Sistema de Información de Visados (*DOUE*, L 112, del 5).
- Reglamento (UE) núm. 416/2010 de la Comisión, de 12 de mayo de 2010, por la que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE*, L 119, del 13).
- Decisión núm. 458/2010/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010, por la que se modifica la Decisión núm. 573/2007/CE, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013, por lo que se refiere a la supresión de la financiación de determinadas acciones comunitarias y al cambio del límite para su financiación (*DOUE*, L 129, del 28).
- Reglamento (UE) núm. 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (*DOUE*, L 132, del 29).
- Cuarta Acta de corrección de errores del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (*BOE* de 1 de junio de 2010).
- Reglamento (UE) núm. 542/2010 del Consejo de 3 de junio de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1104/2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (*DOUE*, L 155, del 22).
- Reglamento (UE) núm. 542/2010 del Consejo de 3 de junio de 2010, por el que se modifica la Decisión 2008/839/JAI, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (*DOUE*, L 155, del 22).
- Decisión del Consejo, de 29 de junio de 2010, relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen sobre el Sistema de Información de Schengen en la República de Bulgaria y Rumanía (*DOUE*, L 166, de 1 de julio).
- Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo (*DOUE*, L 180, del 15).
- Decisión del Consejo de 12 de julio de 2010 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación legal (*DOUE*, L 189, del 22).





## EUROPA EN BREVE

### INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (\*)

(Selección)

#### Conclusiones del Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea

El Consejo de Ministros europeos de Justicia y Asuntos de Interior, reunido la pasada semana en Bruselas, alcanzó un acuerdo político sobre el SWIFT, relativo a un mandato de negociación entre Estados Unidos y la UE sobre el tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera a propósito del *US Terrorist Finance Tracking Programme (TFTP)*. Posteriormente, se abordó la cuestión relativa al Sistema de Información Schengen II, un sistema de información de segunda generación que constituirá una red a gran escala que podrá ser utilizado por los agentes de los controles fronterizos, y demás autoridades competentes de la zona Schengen. El Consejo de Ministros de Justicia debatió en sesión pública la iniciativa de Directiva sobre la Orden de Protección Europea; e igualmente examinó el estado de las negociaciones relativas a la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, el Consejo de Ministros de Interior avanzó, entre otros asuntos, la posibilidad de implantar un Erasmus policial para crear equipos de investigación y cooperación. Asimismo, a propuesta de la Presidencia Española, se adoptaron las conclusiones de los trabajos realizados en materia de crisis económica y Justicia, argumentando que la Justicia y la Seguridad Jurídica son pilares fundamentales para superar la crisis y generar confianza. Otros temas accesorios tratados en el Consejo fueron el estado en que se encuentra la puesta en marcha del portal «e-Justice», y el inicio de los debates sobre la futura fiscalía europea.

(26 de abril de 2010).

#### El CGAE licita a un estudio de la Comisión Europea sobre asistencia jurídica gratuita

El Consejo General de la Abogacía Española, a través de su Delegación en Bruselas, y con el asesoramiento de su infraestructura tecnológica (IT-CGAE), ha decidido presentar una propuesta de proyecto a la licitación lanzada por la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea, sobre un estudio de viabilidad para establecer un procedimiento electrónico de obtención de asistencia jurídica gratuita. La Comisión busca con este estudio explorar la posibilidad de incluir en el Portal e-Justice de instrumentos y herramientas que faciliten el acceso a asistencia jurídica gratuita, y al mismo tiempo, seguir de cerca las recomendaciones hechas en el Informe final del Estudio sobre la transparencia de los costes judiciales en los procedimientos civiles, que sugiere que se pueda acceder a la asistencia jurídica gratuita en la UE a través de una misma página web que contenga informaciones, modelos de solicitud, jurisprudencia actualizada, evaluación de peticiones y decisión final sobre las mismas.

(\*) 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*.

## Europa en breve

II

Igualmente, el CGAE, de nuevo con la colaboración de IT-CGAE y de su Delegación en Bruselas, va a presentar una propuesta a la licitación presentada por la Comisión Europea respecto a servicios para certificados digitales PKI.

*(10 de mayo de 2010).*

### Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)

La Comisión Europea ha enviado una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo respecto al Plan de acción trazado para los menores no acompañados, para el período 2010-2014. El programa de Estocolmo con las prioridades de Justicia para ese mismo período, pide expresamente a la Comisión que «examine las medidas prácticas para facilitar el retorno del elevado número de menores no acompañados que no requieren protección internacional». El desafío que plantean los menores no acompañados es cada vez mayor: numerosos nacionales de terceros países o personas apátridas menores de 18 años llegan al territorio de la UE no acompañados por un adulto responsable, o dejan de estar acompañados una vez que han entrado en el territorio de la UE. Las estadísticas sobre menores no acompañados no abundan y no son coherentes. Las solicitudes de 2008 representaron un incremento del 40,6% en esos Estados miembros. Las razones de la llegada son múltiples: escapar de guerras y conflictos, pobreza o catástrofes naturales, discriminación o persecución; las familias los envían con la esperanza de una vida mejor o para que tengan acceso a la educación y al bienestar, así como a la atención médica; reunirse con miembros de la familia; como víctimas de la trata destinadas a la explotación, etc.

*(10 de mayo de 2010).*

### Informe anual de la Comisión para el Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea sobre inmigración y asilo

La Comisión Europea ha presentado en fecha 6 de mayo de 2010 el primer informe Anual sobre Inmigración y Asilo correspondiente al año 2009 dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE. Este informe resume los desarrollos de la normativa de la UE en estas materias y los puntos que la Comisión considera que necesitan particular atención. Según este informe, la Comisión considera que se ha avanzado ostensiblemente a nivel nacional y de la UE en el desarrollo de la inmigración y las políticas de asilo en consonancia con dicho pacto. Asimismo, la Comisión ha presentado propuestas para mejorar la aplicación de los instrumentos legales mediante la creación de un sistema europeo común de asilo y la mejora de FRONTEX. Asimismo, la Comisión reclamó al Parlamento Europeo y al Consejo la adopción de textos legales sólidos en esta materia con la intención de procurar un mayor y mejor desarrollo de la política migratoria de la UE en aplicación de los principios establecidos en el Programa de Estocolmo.

*(10 de mayo de 2010).*

### Protección social obligatoria para las trabajadoras autónomas y las esposas

El Parlamento Europeo, reunido en pleno la semana pasada, ha aprobado la recomendación sobre un proyecto de Directiva por la que se establecen las normas de igualdad de trato entre

## Europa en breve

### II

hombres y mujeres trabajadores por cuenta propia y sus cónyuges. En materia de protección social obligatoria o voluntaria, los eurodiputados establecieron que en los Estados miembros que facilitan protección social a los autónomos también deberán prestarla a sus cónyuges o parejas. Asimismo, deberán asegurar que la protección sea proporcional a la participación en las actividades de los trabajadores por cuenta propia. En el supuesto de que las mujeres autónomas estén embarazadas o bien las esposas o parejas estables de trabajadores por cuenta propia y puedan ser económicamente vulnerables, será necesario concederles el derecho a las prestaciones de maternidad. La duración de dichas prestaciones a este tipo de beneficiarias deberá ser similar al permiso de maternidad para los trabajadores en vigor en la UE. El subsidio de maternidad deberá ser suficiente para cubrir las interrupciones en su trabajo durante al menos 14 semanas.

*(10 de mayo de 2010).*

### Control automático de fronteras para la Unión Europea

España ha puesto en marcha la pasada semana un proyecto piloto de control para que los viajeros dentro de la Unión Europea puedan agilizar el paso de fronteras a través de un sistema automático de identificación y verificación documental, supervisado por agentes de policía. El ministro español del Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba, presentó en el aeropuerto barcelonés de El Prat el «ABC System-Control Automático de Fronteras», que podrá ser utilizado por ciudadanos de la Unión Europea, Islandia, Noruega y Suiza, mayores de 18 años y con pasaporte electrónico o DNI-electrónico. Este sistema agilizará, por ejemplo, los controles de seguridad de los aeropuertos europeos. España pretende impulsar este sistema en el conjunto de Europa, como una de las medidas prioritarias de la Presidencia Española de la UE.

*(17 de mayo de 2010).*

### Seguridad jurídica para los matrimonios transfronterizos

Alemania, Bélgica y Letonia se han unido a los nueve Estados miembros de la UE, entre los que se encuentra España, que piden una legislación capaz de aportar seguridad jurídica a los matrimonios internacionales que deseen divorciarse. Con arreglo a la propuesta de la Comisión Europea de 24 de marzo de 2010, los matrimonios podrán acordar qué legislación se aplicaría a su divorcio, incluso aunque no tengan previsto separarse. Esta medida responde a una petición formulada por nueve Estados miembros de la UE que deseaban seguir avanzando después de que una propuesta de la Comisión, presentada en 2006, quedase estancada en el Consejo. Esta nueva solución ayudará a las parejas con distintas nacionalidades, a las que viven por separado en países diferentes o a las que viven juntas en un país distinto a su país de origen. El objetivo es reducir el sufrimiento de los hijos y proteger a los cónyuges más débiles durante los procesos de divorcio. Se trata de la primera vez en la historia de la UE en la que países miembros utilizan el denominado mecanismo de «cooperación reforzada». Conforme a los Tratados de la UE, la cooperación reforzada permite a nueve o más países avanzar en relación con una medida que es importante pero que ha sido bloqueada por una pequeña minoría de Estados miembros. Los demás países de la UE mantienen el derecho de incorporarse cuando lo estimen conveniente.

*(31 de mayo de 2010).*

## Creación de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo

El Consejo de la UE y el Parlamento Europeo han aprobado el Reglamento 439/2010, que crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo. La política de la UE relativa al Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) tiene por objeto establecer un espacio común de asilo, por medio de un procedimiento armonizado efectivo de acuerdo con los valores y con la tradición humanitaria de la UE. Gracias a la introducción de normas mínimas comunes, en los últimos años ha habido considerables avances en la implantación del SECA. No obstante, sigue habiendo grandes disparidades entre los Estados miembros respecto a la concesión de protección internacional y a las formas que ésta reviste. Se deben reducir esas disparidades. La Oficina de Apoyo al Asilo facilitará, coordinará y reforzará la cooperación práctica entre los Estados miembros en los múltiples aspectos del problema del asilo, y contribuirá a una mejor implantación del SECA. A este respecto la Oficina de Apoyo participará plenamente en los aspectos exteriores del SECA y prestará apoyo operativo efectivo a los Estados miembros cuyos sistemas de asilo y acogida estén sometidos a especial presión, sirviéndose de los recursos útiles de que disponga, que podrán incluir la coordinación de los recursos prestados por los Estados miembros de acuerdo con las condiciones establecidas en el presente Reglamento. Asimismo, la Oficina de Apoyo proporcionará asistencia científica y técnica respecto a la política y la legislación de la UE en todos los ámbitos que tengan una incidencia directa o indirecta en el asilo, con el fin de poder prestar su pleno apoyo a la cooperación práctica en materia de asilo y desempeñar eficazmente sus funciones, constituyendo una fuente independiente de información sobre todas las cuestiones de estos ámbitos.

*(31 de mayo de 2010).*

## XXV Aniversario de los Acuerdos Schengen

El XXV aniversario de la firma de los Acuerdos de Schengen, que supuso la eliminación de fronteras interiores en los países miembros de las Comunidades Europeas, se ha celebrado esta semana en Luxemburgo, en un acto al que acudieron los mandatarios de los Estados miembros de la UE y que fue presidido por los Grandes Duques de Luxemburgo. El 14 de junio de 1985, cinco países de la UE decidieron retirar sus fronteras interiores, hecho que significó el comienzo de un movimiento de cooperación que hoy cuenta con 25 países e implica a 400 millones de personas. Schengen ha sido calificado por la Comisaria de Asuntos de Interior de la UE, Cecilia Malmström, como uno de los mayores logros de la UE, disipando las fronteras establecidas entre oriente y occidente y facilitando la libre circulación de personas.

*(14 de junio de 2010).*

## Traducción e interpretación en procedimientos penales

Los eurodiputados votarán esta semana en la sesión plenaria del Parlamento Europeo en Estrasburgo, una nueva Directiva que establecerá niveles mínimos comunes en materia de traducción e interpretación en calidad de garantías procesales en todos los Estados miembros. La intención de esta normativa es que los detenidos y acusados puedan entender los cargos que se les imputan desde el momento de su detención o incoación del procedimiento. Con ello se

## Europa en breve

II

pretende garantizar el derecho a un juicio justo, elevando sustancialmente la calidad del sistema penal en la UE para evitar que se produzcan situaciones de indefensión. Con esta medida, los acusados podrán contar con un intérprete en las vistas, interrogatorios o encuentros con el abogado. Una cuestión controvertida en relación a esta medida es determinar quien asumirá el coste de traducción en los procedimientos penales. Según la propuesta el coste será asumido por cada uno de los Estados miembros.

*(14 de junio de 2010).*

### Informe anual 2010 de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales

La Agencia Europea de Derechos Fundamentales ha presentado a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior del Parlamento Europeo su informe anual 2010. Este Informe ofrece una visión general sobre la evolución acontecida en el ámbito de los derechos fundamentales durante el año 2009. Asimismo, proporciona ejemplos de buenas prácticas para garantizar que los Estados miembros protejan de manera adecuada los Derechos Fundamentales en todo su territorio. Este informe revela que muchas instituciones destinadas a garantizar la protección de la igualdad o de los derechos humanos no disponen de mecanismos suficientes para cumplir con sus objetivos adecuadamente. Según el informe, existe un gran déficit en lo referente a Derechos Fundamentales: muchos menores en situación de asilo han desaparecido durante el procedimiento, los homosexuales siguen siendo víctimas de discriminaciones y el racismo aumenta en el seno de la UE.

*(21 de junio de 2010).*

### Informe de la Comisión sobre el Estatuto de apátridas y refugiados

La Comisión Europea ha publicado un informe dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 83/2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección. En dicho informe, la Comisión ha detectado varios casos de transposición incorrecta o incompleta de la Directiva, derivados de la vaguedad de los conceptos definidos en la misma. Asimismo, ha constatado la persistencia de importantes divergencias entre los Estados miembros en lo relativo a la concesión de la protección y a la forma en que ésta se presta, lo que incide sobre los flujos de asilo. La Comisión continuará examinando y persiguiendo todos los casos que susciten problemas de transposición, a fin de garantizar la correcta aplicación de los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

*(21 de junio de 2010).*

### Balance de la presidencia española en materia de justicia y asuntos de interior

La Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo y el Ministro de Justicia español, Francisco Caamaño, Ministro de Justicia en España, han hecho balance la pasada semana en Bruselas, de los logros obtenidos por la Presidencia española de la UE durante el último semestre. Los asistentes subrayaron que se han logrado importantes

## Europa en breve

II

resultados en materia de Justicia, tales como la puesta en marcha del Programa de Estocolmo, el nuevo procedimiento de codecisión implantado por el Tratado de Lisboa, la primera iniciativa legislativa de la UE para la protección de las víctimas de violencia de género, la aprobación de la cooperación reforzada en materia de separación y divorcios, y los avances en el debate sobre la Fiscalía europea, entre otros. Asimismo, el Ministro ha destacado la aprobación de la Directiva sobre el derecho de interpretación y traducción en los procesos penales, la aprobación del mandato para negociar la adhesión de la UE al Convenio europeo de Derechos Humanos y la adopción de un enfoque común sobre la propuesta de Directiva de lucha contra la trata de seres humanos. En asuntos de interior, el Ministro de Interior español, Alfredo Pérez Rubalcaba, señaló que los logros obtenidos por la Presidencia española en asuntos de interior han sido: la Estrategia de Seguridad Interior de la UE, la puesta en marcha del Comité de Seguridad Interior (COSI) y el fortalecimiento de las relaciones transatlánticas para la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la Declaración de Toledo en materia de seguridad aérea, la Declaración Común para hacer frente al terrorismo, la negociación del Acuerdo UE-EEUU para la transferencia de datos de mensajería financiera (SWIFT), el Sistema Europeo Común de Asilo y el Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II), entre otros.

*(28 de junio de 2010).*

### Iniciativas de los Estados miembros sobre el exhorto europeo de investigación penal

Varios Estados miembros, entre los que se encuentran Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia, han adoptado una iniciativa conjunta con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal. Desde la adopción de las Decisiones Marco 2003/577/JAI y 2008/978/JAI (la primera relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, y la segunda, al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal) resulta evidente que el marco existente para la reunión de pruebas es demasiado fragmentado y complicado. Por eso, los Estados miembros anteriormente mencionados creen necesario un nuevo planteamiento, que adoptaría la forma de Directiva, en la que se especificará que el exhorto europeo de investigación (EEI) es una resolución judicial emitida por una autoridad competente de un Estado miembro («el Estado de emisión») para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro («el Estado de ejecución») con vistas a reunir pruebas en el marco de procedimientos penales transfronterizos.

*(28 de junio de 2010).*

### La Comisión y el Consejo de Europa se acercan sobre la adhesión de la UE al CEDH

La Comisión Europea y el Consejo de Europa se han reunido recientemente en Estrasburgo para iniciar las conversaciones oficiales acerca de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La adhesión al Convenio situará a la UE en el mismo plano que sus Estados miembros respecto al sistema de protección de los derechos fundamentales supervisado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH), dependiente del Consejo

## Europa en breve

### II

de Europa. Esto permitirá a la UE disponer de su propio juez, lo que comportará que la voz de la UE sea escuchada en los procedimientos. Esta adhesión ofrecerá también nuevas posibles soluciones para los ciudadanos de la UE, ya que podrán presentar denuncias (tras haber agotado la vía de los recursos nacionales) de las presuntas violaciones de los derechos fundamentales efectuadas por parte de la UE ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tras la adhesión, la UE se convertirá en el firmante número 48 de la Convención.

*(12 de julio de 2010).*

### Primer uso de la cooperación reforzada para matrimonios transnacionales

El Consejo de la UE ha dado luz verde a 14 países de la UE para impulsar una legislación que permitirá a las parejas internacionales decidir la ley nacional aplicable a su divorcio. Es la primera vez en la historia de la UE en la que se ha hecho uso del mecanismo de «cooperación reforzada». Este instrumento legislativo permite a un grupo de al menos nueve naciones aplicar medidas si los 27 Estados miembros no consiguieran alcanzar un acuerdo. La cooperación reforzada será aplicable por ahora a Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía, Eslovenia y España quienes deberán negociar y votar la propuesta de la Comisión de un Reglamento regulador de esta materia y deberán consultar al Parlamento Europeo. La normativa permitirá a los cónyuges llegar a un acuerdo acerca de qué legislación aplicable a su divorcio, siendo el juez quien decida en defecto de acuerdo. Según Vivian Reding, Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, esta medida otorga seguridad jurídica y flexibilidad a las parejas que pretendan disolver su matrimonio.

*(12 de julio de 2010).*

### Normas comunes de entrada y estancia de trabajadores temporeros de terceros países

La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Directiva sobre el trabajador temporero con objeto de establecer un procedimiento común para la entrada y estancia en la UE de trabajadores temporeros de terceros países y de definir sus derechos. La Directiva propuesta afecta a los ciudadanos no pertenecientes a la UE que desarrollan un trabajo temporero en un Estado miembro de la UE. El trabajo se realizará con arreglo a uno o varios contratos de trabajo de duración determinada, celebrados directamente entre el trabajador y un empresario establecido en un Estado miembro. La propuesta introduce un procedimiento especial para la entrada y estancia de trabajadores temporeros de terceros países, define sus derechos y al mismo tiempo incentiva la migración circular para evitar que la estancia temporal se convierta en permanente. Esta propuesta forma parte de un paquete de medidas recogidas en el Plan de política en materia de migración legal de 2005, avalado posteriormente por el Programa de Estocolmo. La UE se enfrenta a una necesidad estructural de mano de obra temporera ya que se prevé que la mano de obra europea sea cada vez más escasa. Por ello, el desarrollo de una política de inmigración legal bien organizada seguirá desempeñando un papel importante para suplir las carencias de mano de obra y responder a los futuros retos demográficos de la UE.

*(12 de julio de 2010).*

## Europa en breve

II

### **Celebración del 12.º foro de la Unión Europea y las ONG por la defensa de los derechos humanos**

La Unión Europea y las ONG más importantes se reunirán durante los próximos días en el 12.º Foro de la UE y las ONG de Derechos Humanos en Bruselas. Este evento reúne a representantes de las Instituciones de la UE, los Estados miembros, expertos internacionales en derechos humanos y 100 participantes de la sociedad civil para intercambiar puntos de vista y experiencias. En esta ocasión, el foro tendrá lugar bajo el título de «Instrumentos de la UE de Derechos Humanos y el Tratado de Lisboa: situación actual y perspectivas de futuro». Los participantes debatirán sobre la lucha contra la pena de muerte, los derechos económicos, sociales y culturales, las relaciones con los mecanismos regionales, la coherencia entre sus políticas internas y externas. Finalmente, las conclusiones y recomendaciones del Foro se publicarán en un informe y serán presentadas al Consejo de la Unión Europea.

*(12 de julio de 2010).*

### **Lanzamiento del portal europeo e-Justice**

La Comisión Europea ha lanzado el portal europeo sobre e-Justicia, la pasada semana en Bruselas, ante numerosas autoridades y representantes de las organizaciones legales europeas, entre los que se encontraba José María Davó, presidente de CCBE, el Consejo de la Abogacía Europea. El portal sirve de ayuda a los ciudadanos, empresas, abogados y jueces en las cuestiones jurídicas en que está involucrado otro Estado miembro. La primera versión, con más de 12.000 páginas, ofrece enlaces sobre legislación y prácticas de todos los Estados miembros. Se puede encontrar información sobre asistencia jurídica gratuita, formación judicial y videoconferencias, en un lenguaje asequible, y se puede acceder en línea a bases de datos jurídicas, jurisprudencia y registros de actividades empresariales, procedimientos concursales y propiedad inmobiliaria. El portal da también acceso a glosarios jurídicos. En 2011 se podrán consultar fichas descriptivas sobre los derechos de los demandados y de las víctimas, que incluirán, por ejemplo, información sobre el modo en que los distintos países tratan las infracciones de tráfico. Otros ámbitos que se incorporarán al futuro desarrollo del proyecto son el requerimiento europeo de pago y los juicios de menor cuantía, así como la mediación. Con el tiempo será posible el acceso incluso a los antecedentes penales.

*(19 de julio de 2010).*

### **Sistemas de intercambio de información de la Unión Europea**

La Comisión Europea ha presentado una síntesis de los instrumentos de la UE que regulan la recopilación, el almacenamiento o el intercambio de datos personales a efectos judiciales o de gestión de la migración. Esta comunicación clarifica los objetivos principales de estos instrumentos, su estructura, los tipos de datos personales que cubren, la lista de autoridades que tienen acceso a los mismos y las disposiciones sobre protección y almacenamiento de datos. La gestión de la información es la pieza clave del funcionamiento del espacio Schengen y del mercado interior ya que es necesario contar con instrumentos adecuados que permitan desarrollar una política común de visados y de asilo e impedir ataques terroristas y otras

## Europa en breve

### II

formas graves de delincuencia. Este documento establece los principios fundamentales que deben sustentar la evaluación de los instrumentos de gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Las futuras propuestas incluirán la obligación de presentar informes anuales, y revisiones periódicas y *ad hoc*, así como una cláusula de expiración. Los instrumentos existentes se mantendrán sólo si siguen sirviendo a los objetivos legítimos para los que fueron concebidos.

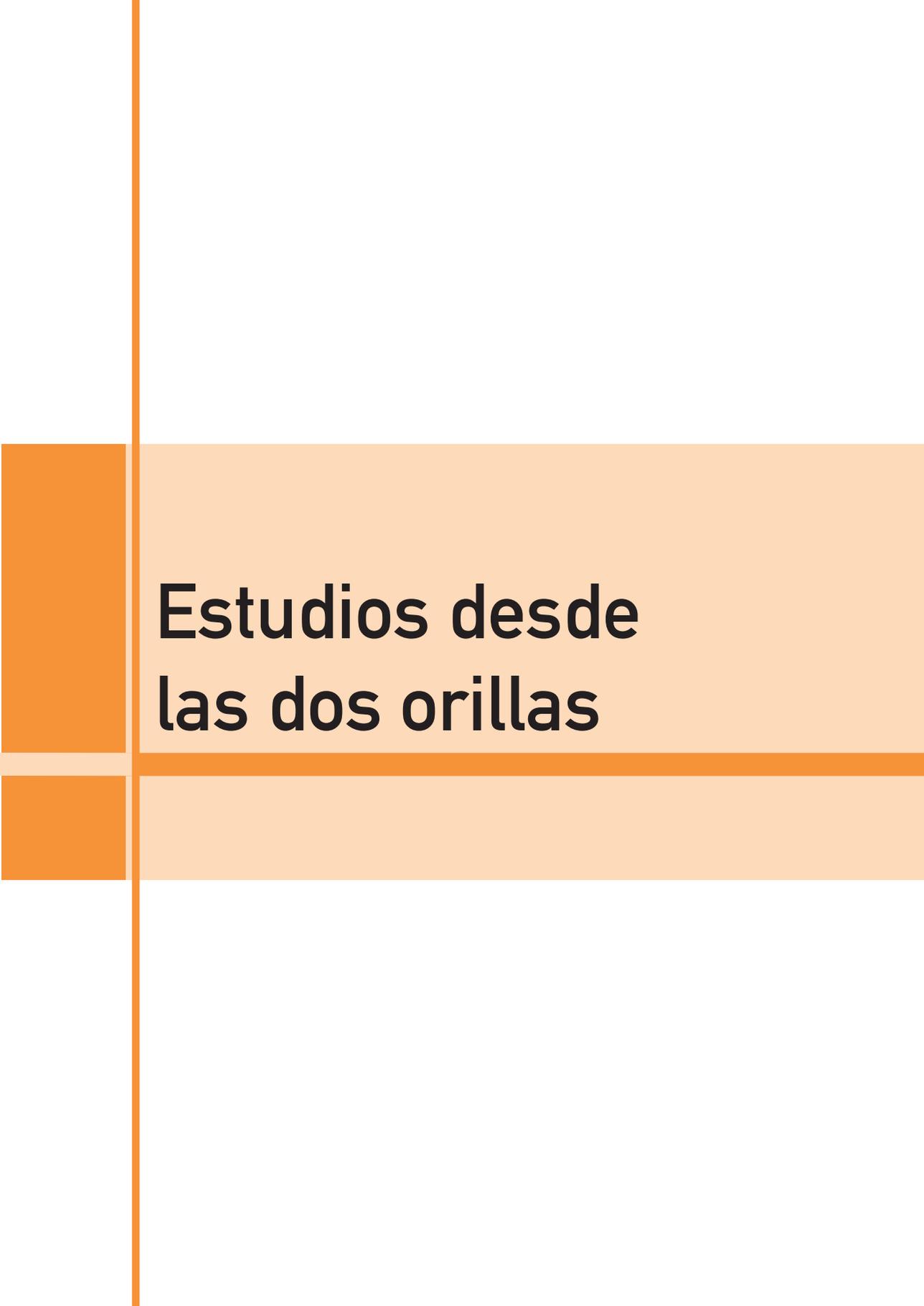
*(19 de julio de 2010).*

### **Traslado dentro de una misma empresa de trabajadores cualificados no europeos**

La Comisión Europea ha propuesto una nueva Directiva con objeto de facilitar a las empresas multinacionales el traslado temporal de trabajadores no cualificados nacionales de terceros países desde una empresa ubicada fuera de la UE a sucursales o filiales en los Estados miembros. El traslado a la UE de estos empleados cualificados podría incrementar los flujos de inversión, fortalecer la eficacia de la gestión, aumentar las exportaciones de la UE y reforzar tanto la competitividad de las empresas de la UE en los mercados exteriores como la competitividad de la Unión en su conjunto, lo que podría ayudar a alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020. Sin embargo, siguen existiendo obstáculos a tales migraciones temporales. Las empresas de fuera de la UE se enfrentan a una multitud de normas y procedimientos diferentes cuando desean enviar personal clave a sus filiales en los distintos Estados miembros de la UE. Además, en algunos países de la UE los procedimientos de obtención de los permisos de trabajo son lentos y complejos y los traslados dentro de una misma empresa tienen que vencer dificultades para desplazarse entre los Estados miembros. La Comisión propone la adopción de un conjunto común de normas relativas a un nuevo procedimiento de entrada rápida (30 días de tiempo límite, permiso combinado de residencia y trabajo) para un grupo específico de personal altamente especializado (gestores, especialistas y licenciados en prácticas) de países no pertenecientes a la UE. La propuesta también tiene como objetivo establecer unas condiciones de residencia más atractivas para estas personas y sus familias y un sistema que facilite los traslados dentro de la UE de ciudadanos de terceros países. Esto se complementaría con un estatuto jurídico claro que incluya unas condiciones laborales iguales a las de los trabajadores trasladados por una empresa de la UE.

*(19 de julio de 2010).*



The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider, lighter orange band in the upper middle section and a narrower, darker orange band below it. The text is centered within the upper band.

# **Estudios desde las dos orillas**



MARÍA BELÉN OLMOS GIUPPONI

Profesora Contratada Doctora  
Universidad Rey Juan Carlos  
(mariabelen.olmos@urjc.es)

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes\*

# SUMARIO

### I. Introducción.

II. La protección de los migrantes en el ámbito universal: La difícil transición desde el *soft law* a los instrumentos jurídicamente vinculantes.

III. La protección de los derechos de los migrantes en el seno de los sistemas regionales: Similitudes e interacción entre el sistema europeo y el americano.

IV. El Sistema Interamericano y los migrantes: Una nueva etapa en la protección de los derechos humanos en el continente. A) Derechos y garantías vinculados con el ingreso, permanencia y expulsión de los migrantes. a) La protección del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la igualdad y a la tutela judicial de los extranjeros. b) El derecho a la libertad y la protección contra la detención arbitraria de los extranjeros. c) El respeto del derecho al debido proceso y el acceso a la asistencia consular de los extranjeros. d) Derecho a la tutela judicial en los casos de deportación y acceso a la instancia internacional. e) Garantías en el caso de expulsiones colectivas de extranjeros. B) El estatuto de los migrantes (documentados e indocumentados) y el goce de derechos económicos, sociales y culturales. a) Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. b) Derecho a la nacionalidad y a la educación en el caso de menores en situación irregular.

### V. Consideraciones finales.

### VI. Bibliografía consultada.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales desafíos que afronta la Comunidad Internacional actualmente consiste en conciliar la regulación de los flujos migratorios internacionales con la protección de los dere-

(\*) La autora desea agradecer los comentarios sobre versiones preliminares del presente trabajo formuladas por el Prof. Francesco FRANCIONI (Instituto Universitario Europeo), el Prof. Cástor DÍAZ BARRADO (Universidad Rey Juan Carlos) y el Dr. Hannes HOFMEISTER (Lauterpacht Center for International Law – Universidad de Cambridge).

chos humanos de los migrantes. Las características del fenómeno migratorio actual hace cada vez más necesaria la acción coordinada de los Estados para resolver las situaciones que se presentan y que ponen en riesgo la tutela de los derechos humanos. Con mayor frecuencia los migrantes deben afrontar amenazas para la protección de los derechos humanos como el tráfico de personas humanas o acciones de racismo, xenofobia y discriminación. Los migrantes en situación irregular se enfrentan, evidentemente, a los principales problemas en cuanto al reconocimiento y la protección de sus derechos<sup>1</sup>. Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos las cuestiones que resultan debatidas giran en torno a la titularidad y al ejercicio de derechos por parte de los extranjeros que se encuentran sin autorización en el territorio de otros Estados.

En los últimos años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha contribuido al establecimiento de estándares mínimos en materia de protección de los migrantes<sup>2</sup>. La normativa adoptada en la materia ha incidido, por una parte, en la práctica de los diferentes Estados en cuanto al tratamiento de los extranjeros en situación irregular y, por otra parte, en los diversos sistemas regionales de protección de los derechos humanos entre los cuales se encuentran el europeo y el americano. Es así como, en el seno de los diversos sistemas de protección de derechos humanos establecidos en ambas regiones, se ha venido desarrollando una práctica internacional referida a la protección de los migrantes. Progresivamente, los órganos encargados de la protección han dedicado una atención especializada a las cuestiones migratorias.

En el presente artículo se analizan los aspectos más relevantes de las recientes manifestaciones de la práctica del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en lo que concierne al reconocimiento y protección de los derechos de los migrantes. En la primera sección se hace una breve revisión crítica del proceso de codificación operado a nivel internacional. En la segunda sección se analiza la protección de los migrantes en el contexto de los sistemas de protección de derechos humanos europeo y americano. En la tercera sección se examinan en detalle los hitos más importantes de la práctica del sistema interamericano relativos a la protección de los migrantes. Finalmente y, en la cuarta sección, se resume la opinión de la autora sobre el estado de la cuestión.

## II. LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES EN EL ÁMBITO UNIVERSAL: LA DIFÍCIL TRANSICIÓN DESDE EL *SOFT LAW* A LOS INSTRUMENTOS JURÍDICAMENTE VINCULANTES

La regulación de un estatuto particular de los migrantes supuso a nivel del Derecho internacional un cambio de óptica. Ello, por cuanto implicó la revisión de la concepción tradicional, de

(1) Esta situación de irregularidad puede ser originaria o sobrevenida y continuar durante toda la vida o terminar, bien sea por la regularización de su situación a través del régimen general o de medidas especiales dispuestas por el Estado receptor o bien por la expulsión de este territorio, o en algunos casos por el retorno a sus países de origen a través de acuerdos y acciones de repatriación.

(2) Existen posiciones diversas sobre el concepto adecuado para referirse a las diversas situaciones en las que se encuentran las personas que se desplazan a otro Estado distinto del de su nacionalidad. Desde la perspectiva del Derecho internacional público la terminología tradicionalmente utilizada ha sido la de extranjero (*alien-foreigner-étranger*). No obstante, cabe señalar que en la actualidad en la normativa internacional se ha generalizado el uso del término «migrante» con diversas connotaciones. A lo largo del texto se utilizarán a efectos prácticos ambas nociones como equivalentes.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

acuerdo a la cual, las facultades de decidir sobre la admisión o no de un extranjero, de regular la estancia en el territorio estatal así como la de disponer su salida constituyen poderes soberanos del Estado territorial en cuestión. La consagración de los derechos de los migrantes a nivel del Derecho internacional implicó colocar en el centro de la regulación a la persona humana.

Es claro que, dentro del Derecho internacional público consuetudinario, ya se reconocía un número de derechos humanos revestidos del carácter de inviolabilidad. En ese sentido, los Estados deben respetar un número mínimo de derechos y garantías esenciales a todos los extranjeros (con independencia de su condición) vinculados estrechamente a la dignidad de la persona humana. Este conjunto de derechos y garantías esenciales constituye el denominado estándar mínimo internacional (*international minimum standard*). Dicho estándar mínimo internacional responde a una función dual: por una parte, representa un límite a la soberanía del Estado territorial que debe asegurar estas condiciones mínimas de garantía de los derechos humanos a todos los extranjeros que se encuentran en su territorio y, por otra parte, representa en abstracto la posibilidad de que se ejerza el mecanismo de la protección diplomática por parte del Estado del cual es nacional la persona afectada en caso de que se produzca la violación de dicho estándar<sup>3</sup>. Para determinar cuál es el contenido del estándar mínimo en un momento preciso hay que tomar en consideración las normas del Derecho internacional general, las normas del Derecho internacional particular y también el Derecho comparado para observar cuáles son los derechos considerados como fundamentales en cada Estado<sup>4</sup>.

La expansión de la protección internacional de los derechos humanos contribuyó a consolidar a través de la adopción de diversos instrumentos internacionales el núcleo duro de derechos humanos de base esencialmente consuetudinaria reconocidos bajo el estándar mínimo internacional. De esta manera, los diversos tratados de derechos humanos de ámbito universal incluyeron una serie de derechos considerados esenciales. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los dos Pactos Internacionales (1966), de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) incorporan los derechos comprendidos en el estándar mínimo internacional. A estos instrumentos se deben añadir los tratados de derechos humanos adoptados en los ámbitos regionales: el Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

Durante los últimos decenios en el ámbito de Naciones Unidas, se puede apreciar una clara tendencia hacia el establecimiento y la adopción de instrumentos encaminados hacia la pro-

(3) Este aspecto ha sido abordado durante años a través de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional. Ver los diferentes informes de la Comisión Internacional del relator GARCÍA AMADOR. Ver GARCÍA AMADOR, F.V.: *Draft articles on the responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens*, 1974.

(4) Díez de Velasco Vallejo, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 488 y 489. En el caso de España el artículo 96.1 indica que los tratados válidamente ratificados por España forman parte del ordenamiento interno entre ellos los referidos a los derechos humanos «que reconocen a todas las personas, con independencia de su condición de nacional o extranjero del país en que se hallen distintas libertades públicas y derechos fundamentales». Estos derechos y libertades son «indisponibles para el legislador interno (...) Con ello se garantiza a los extranjeros (...) un estándar mínimo en lo referente a sus derechos y libertades fundamentales». Ver GARCÍA MORILLO, J.: «La posición constitucional de los extranjeros en España», en *El derecho a la no discriminación por motivos de raza*, publicación del Ararteko (Defensor del Pueblo-País Vasco), Colección *Jornadas sobre Derechos Humanos*, núm. 1, San Sebastián, 1997, p. 50.

tección de los derechos humanos de los extranjeros bajo la categoría específica de migrantes y en particular la de los trabajadores migrantes. La codificación a nivel universal de los derechos de los migrantes través de la adopción de instrumentos y el establecimiento de mecanismos de protección específicos representa, sin dudas, un cambio cualitativo en el tratamiento de la cuestión. En el proceso de codificación de los derechos de los migrantes hay que destacar la labor de organizaciones internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Internacional para las Migraciones. La Organización Internacional del Trabajo desde muy temprana fecha se ha venido ocupando de la adopción de instrumentos para la protección de los trabajadores migrantes, incidiendo también en otros ámbitos como la protección de los niños migrantes y la lucha contra el tráfico de personas<sup>5</sup>.

Entre los primeros intentos de codificación de los derechos de los migrantes se encuentra la *Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no poseen la nacionalidad del país donde residen* de 1985 dedicada a regular el ejercicio de derechos de las personas no-nacionales del Estado territorial<sup>6</sup>. La declaración contiene un catálogo de derechos entre los que se incluyen derechos tales como el derecho a la vida y a no ser privados arbitrariamente de protección contra la detención arbitraria, la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho de los no-nacionales detenidos de contactar con los oficiales consulares, así como también otros derechos de carácter económico y social<sup>7</sup>. En la misma línea, cabe indicar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas trató de arrojar luz sobre el goce de derechos por parte de ciudadanos extranjeros a través del *Comentario General sobre los derechos de los extranjeros en el ámbito del Pacto de Derechos Civiles y Políticos* de 1986 en el que se refirió al catálogo de derechos cuyo respeto debe garantizarse a los extranjeros<sup>8</sup>. Si bien dicho comentario afirma que el derecho de admisión permanece aún en manos del Estado territorial, al mismo tiempo, establece la imposición de ciertos límites al poder estatal ya que en el tratamiento de los extranjeros los Estados deben respetar con carácter absoluto el principio de no discriminación, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes y el derecho a la vida privada y familiar. Además, el Comentario contiene un catálogo de derechos que se reconocen a quienes permanecen en situación regular dentro del territorio de un Estado distinto del de su nacionalidad. Por último, el Comentario General alude a la condición de quienes han entrado o permanecen ilegalmente en el territorio de otro Estado, en este supuesto, se reconocen garantías específicas durante el proceso de la expulsión.

(5) Entre los convenios de mayor trascendencia suscritos en el seno de la OIT, se pueden mencionar el Convenio 97 sobre trabajadores migrantes de 1949 y el Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes de 1975.

(6) Dicha declaración fue adoptada mediante la Resolución 40/144 de la Asamblea General de 13 de diciembre de 1985. Ya en los debates de los trabajos preparatorios de la Declaración, se pusieron de manifiesto las diferentes posiciones de los Estados en cuanto al reconocimiento de los derechos de los extranjeros.

(7) Ver, además: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *The Rights of Non-citizens*, New York and Geneva, 2006.

(8) Committee of Civil and Political Rights (CCPR), *General Comment No. 15 on the position of aliens under the Covenant*, versión en inglés disponible en: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/o/bc561aa81bc5d86ec12563edo04aaa1b?Opendocument> (Último acceso: 14 de febrero de 2010).

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

Sin duda, la adopción en 1990 de la *Convención sobre la protección de todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias* representó la consagración de un marco jurídico especializado para la protección de los migrantes (en especial trabajadores) en situación regular (documentados) o irregular (indocumentados) y de sus familias<sup>9</sup>. La Convención establece un catálogo de derechos que se reconocen a todos los trabajadores migrantes, independientemente de su condición de regular o irregular. No obstante este reconocimiento general, existe una sección dedicada a tratar los derechos que específicamente disfrutaban los trabajadores migrantes documentados. Así también, dicha Convención prevé mecanismos de garantía para los derechos de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias que deberían ser puestos en práctica por los Estados. Por lo demás, el cumplimiento de la Convención se verifica a través del control que ejerce el Comité *ad hoc* instituido por ella<sup>10</sup>.

Hay que mencionar, también, la creación del mandato del *Relator Especial para los derechos de los migrantes* que posee, entre otras atribuciones, facultades para requerir información a los Estados e individuos sobre la situación de los migrantes, recomendar la adopción de medidas para la protección de sus derechos y promover la recepción en los Estados de las normas internacionales que protegen a los migrantes<sup>11</sup>. Desde que el relator iniciara su actividad ha elaborado diversos informes sobre la situación en general de los migrantes y ha realizado visitas para constatar *in loco* la protección de sus derechos en Estados específicos<sup>12</sup>.

No obstante todos los esfuerzos desplegados para que la Convención sea efectivamente aplicada, el estado de ratificaciones demuestra que los Estados que se han obligado a su cumplimiento son principalmente Estados de emigración y que, hasta el momento, es bajo el número de ratificaciones de los Estados receptores de migración<sup>13</sup>. Pese a los avances experimentados, el ejercicio de ciertos derechos por parte de los migrantes en general y, en particular, de aquellos que se encuentran en situación irregular continúa siendo un tema debatido. Se puede afirmar que mientras existe consenso internacional sobre la titularidad y ejercicio de derechos que revisten el carácter de inderogabilidad bajo cualquier circunstancia, se sigue discutiendo sobre el goce de otros derechos por parte de los migrantes y, más aún, de aquellos que se encuentran en situación irregular<sup>14</sup>. Dentro de esa primera categoría sobre la que hay consenso generalizado deben incluirse los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona: el derecho a la vida; el derecho a la integridad física y moral; la prohibición de esclavitud y de ser sometido a

(9) La Convención entró en vigor el 1 de julio de 2003, su texto puede consultarse a través del sitio: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d412561e00445ea9/a0d5b166ec404486c1256fe0004ad28a/\\$FILE/Go54o821.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d412561e00445ea9/a0d5b166ec404486c1256fe0004ad28a/$FILE/Go54o821.pdf) (último acceso: 14.02.2010).

(10) Tal órgano es el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CMW) que celebró su primer período de sesiones en 2004.

(11) Mandato creado a través de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44.

(12) Hasta el momento el Relator ha realizado más de diez visitas *in loco*.

(13) Ver, por ejemplo, los diferentes informes del Secretario General sobre el estado de la Convención en los años precedentes a su entrada en vigor y los esfuerzos por promover su ratificación.

(14) *Cfr.*, BLAT MELLADO, C.: «Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el estándar mínimo internacional de los derechos humanos. De la letra a la realidad», en *Revista valenciana de estudios autonómicos*, Valencia, 1999, pp. 245-265.

tortura y a otros penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; el derecho a no ser detenido arbitrariamente y a que se proceda a una investigación en tiempo razonable con la posibilidad de ser oído; el derecho de acceso a los tribunales; el derecho a la legalidad; a la irretroactividad de la ley penal; a la personalidad jurídica; a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión<sup>15</sup>. Queda, por tanto, pendiente la cuestión referida al goce efectivo de otros derechos, especialmente aquellos económicos y sociales, por parte de los migrantes.

### III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN EL SENO DE LOS SISTEMAS REGIONALES: SIMILITUDES E INTERACCIÓN ENTRE EL SISTEMA EUROPEO Y EL AMERICANO

Al hilo de los avances operados a nivel universal, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos han venido desarrollado una práctica sobre el reconocimiento de derechos a los migrantes. En Europa y en América se puede observar que los sistemas de protección de derechos humanos articulados en torno a organizaciones internacionales se han ocupado de establecer ciertos estándares de protección de los derechos de los extranjeros y, más recientemente, de proteger a los migrantes frente a violaciones de derechos humanos. En ese punto es interesante también resaltar la interacción entre los diversos sistemas y cómo, en cierta medida, se han ido influenciando<sup>16</sup>. Claro está que si bien, en líneas generales, la evolución se ha operado de un modo similar, la protección dispensada a los migrantes adquiere connotaciones particulares en cada una de las regiones respondiendo al contexto en el que dichos sistemas actúan.

La realidad de los flujos migratorios en Europa demuestra que la mayor parte de los Estados son receptores de inmigración y que, a la par de Estados de inmigración tradicionales que han abordado el fenómeno desde hace varias décadas se pueden observar otros Estados que han sufrido una modificación en su condición de Estados de emigración para pasar a ser Estados receptores de inmigración<sup>17</sup>. En las Américas, el principal flujo migratorio consiste en el de los migrantes que se desplazan desde el sur hacia el norte del continente<sup>18</sup>. Pero además, existen

(15) Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, F.: «Los extranjeros y el Derecho Internacional», en *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p. 112. Asimismo ver: M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, *loc. cit.*

(16) Ver, al respecto, CAROZZA, P.: *Fifty Years of the European Court of Human Rights viewed by Its Fellows International Courts*, Strasbourg, January 30, 2009.

(17) En este sentido Estados tradicionales son Alemania, Francia y Reino Unido. Como ejemplo de Estados de inmigración reciente dos casos paradigmáticos son Italia y España. Existen numerosas obras sobre estas cuestiones, entre ellas, ver: REVENGA SÁNCHEZ M. (Ed.): *Problemas constitucionales de la inmigración: Una visión desde Italia y España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

(18) En especial, la principal cuestión se refiere a los migrantes en los Estados Unidos. De acuerdo al Informe de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias y conforme a los datos de la Oficina de Censos del Gobierno Estadounidense (US Census Bureau), en el 2001 en Estados Unidos vivían 20.6 millones de personas de origen mexicano (7,3% del total de la población). De estas personas, entre 8 y 8,5 millones nacieron en territorio mexicano y entre 3 y 3,5 millones residen en EUA de forma irregular. Informe del Relator, Juan Méndez, sobre la visita *in loco* en México, disponible en: <http://www.cidh.org/Migrantes/2003.sp.cap.5c.htm> (último acceso: 14.02.2010).

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

movimientos migratorios de personas entre Estados geográficamente vecinos y con diferentes grados de desarrollo que también generan cuestiones controvertidas en cuanto a la protección de derechos<sup>19</sup>.

En lo que respecta a Europa, la protección de los derechos de los migrantes se ha abordado en dos ámbitos diversos<sup>20</sup>. En primer lugar, en el ámbito del sistema articulado en torno al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH/LF), en cuyo ámbito el tratamiento de los extranjeros ha sido objeto de atención por parte de los órganos encargados de la salvaguardia de los derechos humanos, la preexistente Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>21</sup>. Resulta interesante recordar, además, que dentro del Consejo de Europa se ha adoptado, con poco éxito, un tratado específico en la materia, el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante (1977)<sup>22</sup>. En el TEDH se ha establecido a través de los años una jurisprudencia sobre el reconocimiento de los derechos que deben gozar los extranjeros en el ámbito de aplicación de dicho tratado y que gira, esencialmente, en torno al artículo 2 sobre el derecho a la vida, al artículo 3 que prohíbe los tratamientos inhumanos y degradantes, al artículo 8 relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar y al artículo 5 sobre el derecho a la libertad y a la seguridad<sup>23</sup>.

(19) Por ejemplo en el área de Centroamérica Costa Rica es un país receptor de migración. Según el Informe de la Relatoría Especial de la CIDH sobre Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias, el principal flujo migratorio que recibe Costa Rica corresponde a los trabajadores migrantes nicaragüenses, pero también en los últimos años se ha incrementado el flujo de personas que proceden de Colombia. Según este informe y los datos de la Dirección Nacional de Migraciones y Extranjería de Costa Rica y otros estudios coinciden en indicar que hoy en día entre 300 y 400 mil nicaragüenses residen en Costa Rica. Dicha cifra representa entre el 7,5% y el 9% de la población total del Costa Rica, de estas personas, 213 mil han regularizado su estatus migratorio, el resto corresponde a personas indocumentadas. Ver el Informe sobre la visita *in loco* a Costa Rica disponible en: <http://iachr.org/Migrantes/cap.5.2002sp.htm> (último acceso: 14.02.2010).

(20) Con respecto a la protección de los derechos humanos, en Europa se pueden observar tres diferentes sistemas: podemos mencionar el sistema de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, con el instrumento central que es el Acta de Helsinki; el sistema instituido en el seno del Consejo de Europa y el propio de la Unión Europea. Ver MARIÑO MENÉNDEZ, F.: «Seguridad y cooperación en Europa: el Acta final de Helsinki», en *Revista de instituciones europeas*, vol. 2, núm. 3, 1975, pp. 639-660.

(21) Como ha resaltado el TEDH a través de su jurisprudencia, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (en adelante, CEDH/LF) forma parte del orden público europeo brindando protección a todos los individuos que se hallan sujetos a la jurisdicción de los Estados partes de conformidad con el artículo 1. De modo tal que los derechos y obligaciones enumerados en el Convenio Europeo se reconocen universalmente a todos los individuos, incluidos los extranjeros, sean éstos nacionales (inmigrantes, refugiados) o no-nacionales (apátridas) de un Estado extranjero, con los matices y las limitaciones admitidas en el propio Convenio. En el ámbito de la protección de los extranjeros el Convenio Europeo se complementa con las normas de los protocolos adicionales, entre los cuales revisten especial interés en la materia bajo análisis los Protocolos adicionales 4 (que contiene la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros) y 7, y también el Protocolo 12 que se refiere al principio de no discriminación. A ello se deben añadir los restantes instrumentos internacionales adoptados en el seno del Consejo de Europa, como la Carta Social Europea y el Convenio para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

(22) Este tratado ha alcanzado un número ínfimo de ratificaciones.

(23) Ver LAMBERT, H. *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006. En el marco del CEDH/LF hay ciertos derechos que se consideran como básicos o inderogables. Entre los derechos absolutos se encuentran el derecho a la vida (artículo 2), la prohibición de tortura y de derechos inhumanos y degradantes (artículo 3), la prohibición de esclavitud y de servidumbre (artículo 4.1) y la prohibición de la retroactividad de las penas (artículo 7). La práctica de la desaparecida Comisión y la jurisprudencia del TEDH han determinado

En particular, la práctica del sistema europeo se ha orientado, fundamentalmente, a garantizar la protección a los extranjeros durante el procedimiento de expulsión<sup>24</sup>. En los últimos años, el TEDH ha juzgado casos que involucraban la violación de los derechos de los migrantes en los que ha tenido la oportunidad de referirse a la protección de los migrantes y a la compatibilidad de las políticas migratorias europeas con el respeto de los derechos humanos.

Un ejemplo de la línea jurisprudencial actual del TEDH en la materia es el *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica* (Application no. 13178/03)<sup>25</sup>, en el cual el TEDH juzgó la adecuación o no de la decisión de las autoridades belgas de expulsar y de detener en un centro de internamiento para adultos a una niña de cinco años que había entrado aparentemente de manera irregular al país (careciendo de los documentos necesarios para hacerlo)<sup>26</sup>. Es interesante seguir el razonamiento del TEDH, al examinar en este punto la *política migratoria* de los Estados parte a la luz del Convenio. De esta manera, el TEDH recordó que, de acuerdo a la jurisprudencia sentada con anterioridad, el Convenio no garantiza el derecho de un extranjero de entrar o permanecer en el territorio del Estado del que no es nacional. En consecuencia, el TEDH reconoció que los Estados parte tienen la facultad de mantener el orden público pudiendo controlar la entrada y la residencia de los extranjeros en sus respectivos territorios. Y, en este sentido, los Estados parte pueden proceder a la detención de extranjeros que deben ser deportados. Pero, el TEDH expresó que dicha facultad debe ejercerse de conformidad al Derecho internacional público y que, en todo caso, esta detención sólo es aceptable si los Estados luchan contra la inmigración ilegal y al mismo tiempo cumplen con sus obligaciones internacionales incluyendo en este supuesto aquellas establecidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos antes mencionados y en especial, tratándose de una menor no acompañada, la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>27</sup>.

En segundo lugar, la cuestión migratoria ha sido abordada en el ámbito de la Unión Europea. El estatuto jurídico y la protección brindada a los nacionales de terceros Estados en la Unión Euro-

las directrices sobre la aplicación de las disposiciones del CEDHLF respecto de los derechos de los extranjeros en general y de aquellos en situación irregular (en *situation irrégulière-unlawfully in a State*) sea porque hayan entrado ilegalmente (*illegal entrants*) o porque haya transcurrido el tiempo de su permiso de estancia (*overstayed*). Si bien la mayor parte de los casos de la jurisprudencia del TEDH se refiere al respeto de los artículos 2 y 3 durante la expulsión, también existen casos en los que se perfila la titularidad de otros derechos por parte de los extranjeros que se encuentran en situación irregular.

(24) Ver CHUECA SANCHO, A.: *La expulsión de extranjeros en la CEDH*, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.

(25) STEDH de 12 de octubre de 2006.

(26) En cuanto a los hechos del caso, conviene realizar una breve explicación de ellos. La madre de la niña había obtenido el estatuto de refugiada en Canadá y había solicitado a su hermano de nacionalidad holandesa y residente en los Países Bajos que fuera a buscar a su hija al Congo y la tuviera consigo hasta lograr reunirse definitivamente en Canadá. Al llegar al aeropuerto de Bruselas, el 17 de agosto de 2002, las autoridades belgas negaron el derecho de acceso a la niña al territorio ya que no poseía los documentos necesarios para ingresar de acuerdo a la *Aliens (Entry, Residence, Settlement and Expulsion) Act* de 15 de diciembre de 1980, decidiendo al mismo tiempo la expulsión de la niña. Mientras la niña permanecía en un centro de detención, se presentó primero una solicitud de visado y luego una solicitud de asilo ante las autoridades belgas siéndole denegadas ambas. La niña fue expulsada a la República Democrática del Congo, pudiéndose reunir después con su madre en Canadá tras haber superado los obstáculos legales.

(27) STEDH *Caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, párr. 81.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

pea han ido variando de acuerdo a la evolución de la integración europea sobre todo a partir de los Tratados de Maastrich (1992/1993) y Ámsterdam (1997/1999), tratados que han incorporado disposiciones concernientes a las cuestiones migratorias con el objetivo de configurar progresivamente una política común en la materia. No obstante la adopción de una política migratoria común, un gran número de cuestiones relativas a la situación de los extranjeros (en especial admisión y expulsión) permanece dentro del ámbito de las competencias estatales. Asimismo, la Unión Europea ha adoptado, a través de diversas directivas<sup>28</sup>, un estatuto jurídico específico para los ciudadanos extracomunitarios de larga residencia garantizándoles el ejercicio de ciertos derechos<sup>29</sup>. En lo que respecta al sistema de protección de los derechos fundamentales acuñado en la Unión Europea, como es sabido, éste ha sido establecido progresivamente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre la base del respeto a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos más significativos del Derecho internacional de los derechos humanos, en particular, el CEDH<sup>30</sup>. Con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales en 2000 y su inclusión dentro del Tratado Constitucional y del Tratado de Lisboa la Unión Europea se ha dotado, además, de un catálogo propio de derechos, dentro del cual se incluyen derechos aplicables a todas las personas y derechos sólo aplicables a los ciudadanos de la Unión y a los residentes comunitarios<sup>30</sup>. En general, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha brindado una escasa tutela a los derechos de los migrantes. En efecto, el Tribunal de Justicia en la resolución de casos relativos al derecho de residencia de nacionales de terceros Estados, de reagrupación familiar y al tratamiento de trabajadores de terceros Estados se ha mostrado menos protector respecto de los extranjeros que el TEDH<sup>31</sup>. Se puede decir que el elemento común a todos estos casos en relación con la posición del Tribunal de Justicia es

(28) Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros [*Diario Oficial L 31 de 6.2.2003*]; Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995 sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo [*Diario Oficial C 274 de 19.09.1996*]; Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; Dublin II Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país [*Diario Oficial L 50 de 25.2.2003*]; Reglamento (CE) núm. 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre del 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín; Decisión núm. 2006/188/CE del Consejo, de 21 de febrero de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extiende a Dinamarca lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, y en el Reglamento (CE) núm. 2725/2000 del Consejo, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

(29) Ver LAVENEX, S. «Towards the Constitutionalization of Aliens' Rights in the European Union?», *Journal of European Public Policy*, Volume 13, Issue 8 December 2006.

(30) AGUELO NAVARRO P. y CHUECA SANCHO, A.: «La Constitución Europea y los Extranjeros», *Documento de Trabajo de Semiex* (Seminario Permanente para las Migraciones Internacionales y la Extranjería), 2005, disponible en: <http://www.intermigra.info> (11.02.2008).

(31) Cfr. CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 58-62.

que éste ha manifestado un mayor interés por verificar el cumplimiento o la adecuación de las políticas o acciones de los Estados miembros al Derecho comunitario que por proteger efectivamente los derechos de los nacionales extracomunitarios. Cabe subrayar en este sentido que el TEDH en el caso *T.I. c. Reino Unido*, que involucraba la expulsión de un ciudadano extranjero, recordó a los Estados de la Unión Europea sus obligaciones legales de asegurar la protección de los derechos garantizados bajo el CEDHLF más allá de los compromisos adquiridos a nivel del Derecho comunitario<sup>32</sup>.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la cuestión migratoria ha sido incluida en fecha reciente como uno de los ámbitos especializados de actuación. Así, en 1997 siguiendo la tendencia internacional antes descrita se dispuso la creación de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el ámbito de la Comisión Interamericana teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que éstos se encuentran y la necesidad de otorgar una protección especial a sus derechos<sup>33</sup>. De modo similar a lo establecido a nivel de Naciones Unidas en el cumplimiento de su mandato el Relator puede disponer la realización de visitas *in situ* para verificar las condiciones en las que se encuentran los trabajadores migrantes y observar, en general, los procesos migratorios en la región. Durante las diversas visitas realizadas hasta el momento, la Relatoría verificó la situación de los extranjeros en situación regular e irregular en los lugares de entrada y centros de detención, entrevistándose con las autoridades internas<sup>34</sup>. La protección de los migrantes ha ocupado un lugar importante en los últimos períodos en las actividades de los órganos del sistema de promoción y protección de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>35</sup>. La Comisión ha cumplido un rol esencial en el sistema, como órgano al que tienen acceso directamente los individuos puesto que constituye la instancia previa (y en ocasiones la única) de protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano. Así también, la Corte Interamericana a través del ejercicio de la función consultiva y contenciosa ha

(32) Es la doctrina sentada también en el caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) c. Irlanda*, Sentencia de 30 de junio de 2005.

(33) La relatoría fue creada a solicitud de la Asamblea General de la OEA, ver AG/RES. 1404 XXVI-O/96, Aprobación del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Resolución aprobada en la octava sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1996) y AG/RES 1480 XXVII-O/97, Los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (Resolución aprobada en la séptima sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 1997). Ver SAAVEDRA, P., «Algunas consideraciones sobre la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el Hemisferio», *Revista IIDH*, vol. 29, pp. 153-160.

(34) Hasta el momento la Relatoría ha realizado visitas *in situ* en Estados Unidos, Costa Rica, Guatemala y México.

(35) Dada la peculiaridad del sistema interamericano encontramos dos órganos con unas funciones y un funcionamiento bien diferenciados. Por una parte, está la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) órgano de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) cuyo rol desde su creación en 1959 ha sido el de velar por el cumplimiento de las normas internacionales en la materia mediante los procedimientos establecidos en la Carta de la Organización, a ello se ha sumado las funciones asignadas en la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida también como Pacto de San José de Costa Rica). Por otra parte, se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el órgano judicial del Pacto de San José al que sólo tienen acceso los Estados parte en la Convención y que puede ejercer tanto competencia contenciosa como consultiva. Dos artículos clásicos en esta materia son: CHUECA SANCHO, A.: «Los derechos humanos protegidos en la Convención Americana de San José de 1969», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1980, pp.33 y ss y del mismo autor «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1985.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

elaborado una doctrina judicial aplicable a la protección de los derechos de los extranjeros en el continente y en especial de los trabajadores migrantes.

Pero, además, en el continente americano la cuestión migratoria ha sido tratada en el ámbito subregional dentro de algunos acuerdos de integración económica cuyo objetivo último es la creación de un mercado común a imagen y semejanza de la Unión Europea<sup>36</sup>. En el seno de estos procesos de integración subregional, se ha procurado regular los flujos migratorios intra-regionales tratando de garantizar el respeto de un conjunto de derechos a los migrantes<sup>37</sup>. Es el caso de la Comunidad Andina de Naciones que adoptó en el decenio de los setenta el Convenio Simón Rodríguez y los Instrumentos Migratorio Andino y de Seguridad Social, instrumentos que han sido reformados en los últimos años. De igual manera, la Comunidad del Caribe cuenta con instrumentos para garantizar la libre circulación de ciertos trabajadores calificados y el Sistema de la Integración Centroamericana ha avanzado hacia la regulación de los flujos de trabajadores migrantes que se desplazan en la subregión. La situación migratoria ha sido tratada también dentro de Mercosur, en el marco del cual, por una parte se adoptó la Declaración Socio-Laboral en 1998 que garantiza derechos a los trabajadores migrantes, y, por la otra, en 2002 se suscribió el Acuerdo Migratorio a nivel de la subregión, que se aplica a todos los extranjeros en situación irregular pretendiendo subsanar su situación legal<sup>38</sup>. En el resto de los acuerdos de libre comercio suscritos en el continente americano, por lo general, se excluye la regulación de los flujos migratorios y la protección de los migrantes<sup>39</sup>.

### IV. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LOS MIGRANTES: UNA NUEVA ETAPA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTINENTE

Teniendo en cuenta los cambios acontecidos en el continente americano y conforme a los diversos períodos que se pueden diferenciar en la trayectoria del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se puede indicar que la especialización en el tratamiento de las cuestiones migratorias se operado en fecha reciente<sup>40</sup>.

(36) Ver OLMOS GIUPPONI, M.B.: *Derechos Humanos e Integración en América Latina y el Caribe*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

(37) Recientemente se han incluido las migraciones internacionales en la agenda de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, ver *Migraciones y Desarrollo*, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Montevideo, noviembre de 2006.

(38) NOVICK, S.; HENER, A. y DALLE, P.: «El proceso de integración Mercosur: de las políticas migratorias y de seguridad a las trayectorias de los inmigrantes», *Documentos de Trabajo de la OIT*, núm. 46, diciembre de 2005.

(39) Me refiero principalmente al Nafta concluido entre México, Estados Unidos y Canadá y al DR-Cafta en el que son partes Estados Unidos y Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y República Dominicana.

(40) En efecto, tal como indica GROSSMAN, C. en las pasadas décadas el Sistema Interamericano cumplió una función importante en el juzgamiento de violaciones masivas de derechos humanos durante las dictaduras. Actualmente, el sistema enfrenta otros desafíos como la pobreza y la inclusión social y garantizar el respeto de derechos económicos, sociales y culturales. Ver GROSSMAN, C.: «The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future» (2008), *Indiana Law Journal*, vol. 83, pp. 1267-1282.

En el marco del sistema de peticiones individuales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tramitado en los últimos años denuncias relativas a la violación de derechos humanos durante procedimientos de expulsión de extranjeros en situación irregular. En este sentido, la Comisión como órgano cuasi-jurisdiccional ha desempeñado un rol importante debido a que, como se sabe, su actuación se extiende a todos los Estados miembros de la OEA y son pocos los casos que de acuerdo con la Convención Americana llegan a la fase jurisdiccional, no teniendo los individuos legitimación frente a la Corte<sup>41</sup>. En consecuencia, tanto el procedimiento ante la Comisión como la decisión final a la que se arrije revisten una importancia fundamental en la protección de los derechos humanos de los migrantes. También se aprecia un cambio sustancial en la terminología utilizada, frente a la clásica expresión de «extranjeros» en la actualidad se ha introducido la de migrantes haciéndose referencia a la normativa adoptada en el plano universal. Pero, además, la Comisión viene desarrollando una labor importante en el plano de la protección y promoción de los derechos de los migrantes, a través de la Relatoría Especializada que funciona en su ámbito. De esta manera, es necesario subrayar el mecanismo de las visitas *in loco* realizadas en el pasado por la Comisión para constatar la situación de extranjeros en otros Estados y las que realiza actualmente la Relatoría para controlar las condiciones en las que los trabajadores migrantes se encuentran. Asimismo, y en el plano internacional, la Comisión ha demostrado su compromiso con la promoción de los trabajadores de los migrantes no sólo a nivel interamericano, sino universal. Cabe recordar que la Comisión organizó una reunión y adoptó una resolución sobre la aplicación de la Directiva de Retorno de la UE, a instancia principalmente de los Estados latinoamericanos<sup>42</sup>.

En cuanto a la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hay que resaltar que el órgano judicial del Pacto de San José ha tenido la oportunidad de pronunciarse directamente sobre cuestiones estrechamente vinculadas a la protección de los migrantes tanto en el ejercicio de la competencia consultiva y contenciosa, como a través de la adopción de medidas provisionales. En ejercicio de su competencia consultiva, la Corte Interamericana ha examinado la situación de los migrantes en el continente americano a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, la Corte se ha pronunciado sobre la situación de los trabajadores migrantes indocumentados<sup>43</sup>. En el ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana se ha manifestado sobre la protección del derecho a la vida, la integridad personal, circulación y residencia y protección a la niñez y a la familia de los extranjeros en situación irregular<sup>44</sup>.

(41) En general, en los casos en los que se ha constatado la violación de los derechos humanos de los extranjeros en situación irregular, la Comisión ha concluido los casos con la publicación del informe y la indicación de una reparación efectiva a ser satisfecha por el Estado que infringió los derechos humanos.

(42) Resolución 03/08, *Derechos Humanos de los Migrantes, Estándares Internacionales y Directiva Europea sobre Retorno*. Es interesante señalar, además, las labores de promoción que realiza la Comisión en conjunto con agencias regionales y de Naciones Unidas a través de seminarios, talleres y conferencias.

(43) Opinión Consultiva OC – 18/03, de 17 de septiembre de 2003, sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados.

(44) Caso de las Niñas *Yean y Bosico c. República Dominicana* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

En lo que se refiere a la adopción de medidas provisionales la Corte ha intervenido para proteger a extranjeros durante expulsiones masivas<sup>45</sup>.

A la luz de la práctica de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión y la Corte, respectivamente) es posible efectuar un análisis de la protección dispensada a los migrantes, indicando los diversos derechos cuyo goce se ha garantizado a los extranjeros, en general, y a los migrantes, en particular. En el primer epígrafe se analizan aquellos derechos vinculados con las garantías y derechos (fundamentalmente civiles) de los migrantes durante su ingreso y permanencia, así como en el contexto de la expulsión (o deportación, que es la terminología que utilizan la Comisión y la Corte). En el segundo epígrafe el examen se centra en la práctica del sistema interamericano respecto al estatuto de derechos de los migrantes (documentados e indocumentados) incluyendo aquellos económicos, sociales y culturales.

### A) Derechos y garantías vinculados con el ingreso, permanencia y expulsión de los migrantes

Esta primera categoría de derechos tutelados en la práctica del sistema interamericano responde, en cierto sentido, a la línea más tradicional vinculada a la limitación de las facultades estatales en el tratamiento de los extranjeros. Los casos analizados se refieren tanto a peticiones presentadas ante la Comisión (actuando como órgano de la OEA y en el marco de la Convención Americana), como a procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### a) La protección del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la igualdad y a la tutela judicial de los extranjeros

En uno de los casos emblemáticos del Sistema Interamericano, el de los denominados *boat people* haitianos, la Comisión se pronunció sobre la protección de derechos esenciales que son inderogables y cuyo respeto deben garantizar todos los Estados miembros de la OEA. La petición fue presentada en 1992 en representación de ciudadanos haitianos que, debido a la situación política de Haití, emigraban en botes a Estados Unidos y que fueron devueltos a su país de origen por la Guardia Costera. Los peticionantes habían invocado en su favor la aplicación del principio de *non refoulement* debido al riesgo cierto que sus vidas corrían en el país de origen. No obstante esta alegación, las autoridades de Estados Unidos los consideraron como extranjeros en situación irregular y fueron deportados a Haití donde les enviaron a prisión<sup>46</sup>.

(45) Asunto *Ciudadanos Haitianos y Dominicano Haitianos en la República Dominicana*, Decisiones del 14 de septiembre de 2000; 12 de noviembre de 2000; y 26 de mayo de 2001. Según el Artículo 63 (2) de la Convención Americana en casos de «extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas», la Corte posee la facultad incluso en los casos no sometidos a su conocimiento, si la Comisión así lo solicita, de disponer las medidas provisionales que estime pertinentes. Este artículo es concordante con el artículo 25 (1) del Reglamento de la Corte que expresa que «en cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención».

(46) Informe núm. 28/93, Caso 10.675 Estados Unidos. Decisión de la Comisión respecto a la admisibilidad, 13 de octubre de 1993.

La Comisión, en el extenso informe final sobre el fondo de la petición, actuando como órgano de la OEA, analizó el caso a la luz de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>47</sup>. Luego de efectuar un análisis pormenorizado de los antecedentes de hecho, la Comisión determinó que había habido una violación de diferentes derechos humanos consagrados en la Declaración Americana y que integran el estándar mínimo internacional. En primer lugar, la Comisión constató la violación del derecho a la vida de los ciudadanos haitianos ya que fueron expulsados hacia un Estado en el que su vida corría riesgo cierto. En segundo lugar, se determinó que se había producido la violación del derecho a la libertad y también del derecho a la seguridad de la persona, en razón de la interceptación de los haitianos en embarcaciones en alta mar y, fundamentalmente, porque a raíz de la deportación se expuso a los peticionantes a «actos de brutalidad en manos de los militares haitianos y sus partidarios»<sup>48</sup>. En tercer lugar, la Comisión verificó la violación del derecho a las garantías judiciales ya que las personas expulsadas no tuvieron oportunidad de presentar un recurso judicial contra la medida que dispuso la expulsión. En cuarto lugar, y respecto del derecho de asilo, si bien la Comisión reconoció que no existe un derecho sustantivo en este caso (derecho a obtener asilo) constató que, de acuerdo a las pruebas presentadas, había existido discriminación en el acceso a la solicitud de asilo en razón de una «diferenciación irrazonable entre el tratamiento de los haitianos y de los nacionales de otros países que buscan asilo en los Estados Unidos»<sup>49</sup>. Como puede observarse, la Comisión ratificó la obligación de los Estados de respetar ese núcleo mínimo esencial de derechos humanos y garantías al que hiciéramos referencia con anterioridad, los cuales cobran una importancia mayor en el proceso de expulsión.

### **b) El derecho a la libertad y la protección contra la detención arbitraria de los extranjeros**

Uno de los casos más destacados en cuanto al derecho de los extranjeros en situación irregular a ser protegidos contra la detención arbitraria fue el *Caso de los cubanos del Mariel*. Dicho caso es uno de los antecedentes más relevantes en la protección de los migrantes y tuvo su origen en la petición interpuesta en nombre de nacionales de la República de Cuba que formaban parte de la «Flotilla Libertad» del buque Mariel que se dirigió a los Estados Unidos en 1980. La mayoría de los ciudadanos cubanos fueron detenidos en los Estados Unidos por su ingreso irregular al país, detención que se prolongó por un extenso período<sup>50</sup>. Los tribunales de Estados Unidos consideraron que los detenidos cubanos eran «extranjeros excluibles» ya que, desde el punto de vista jurídico, nunca habían ingresado al territorio estadounidense (puesto que fueron interceptados en alta mar) y, por tanto, se les negaron las garantías del debido proceso del que disponen otros

(47) Informe núm. 51/96[1], Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675 Estados Unidos, 13 de marzo de 1997.

(48) Informe núm. 51/96[1], Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675 Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 164.

(49) Informe núm. 51/96[1], Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675 Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 178.

(50) En el momento de interponerse la petición en abril de 1987 la cifra ascendía a unos 3.000 cubanos. Ver Informe núm. 51/01-Caso 9903 *Rafael Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos de América*, 4 de abril de 2001. *El caso Cubanos de Mariel*.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

extranjeros en Estados Unidos<sup>51</sup>. Durante la tramitación de la petición la Comisión, como órgano de la OEA encargado de la tutela de los derechos humanos, realizó inspecciones *in loco* en cuatro localidades en las que dichos ciudadanos cubanos permanecían detenidos para verificar las condiciones en las que se encontraban.

En el Informe del caso, la Comisión enfatizó que el derecho a la libertad es uno de los *principios rectores* del sistema interamericano, cuya protección se garantiza a todas las personas recordando, además, que este derecho integra el núcleo de derechos inderogables reconocidos en la Declaración<sup>52</sup>. Sobre la legalidad de la limitación del derecho a la libertad personal y el acceso a un recurso interno para determinar la legalidad o ilegalidad de la detención, la Comisión analizó la naturaleza de tales limitaciones, señalando que: «En el contexto particular de la inmigración, la Comisión reconoce que en general en las sociedades democráticas se considera apropiado que los Estados otorguen a los extranjeros un tratamiento diferente al que gozan otros dentro de la jurisdicción del Estado, por ejemplo, controlar el ingreso de extranjeros y su residencia en el territorio del Estado. Sin embargo, congruentemente con los principios que informan el artículo II de la Declaración, el Estado tiene que demostrar que toda distinción de ese tipo es razonable y proporcionada al objetivo que se procura. Debe tenerse en cuenta el hecho de que uno de los objetivos en la formulación de la Declaración fue garantizar como derecho fundamental “la protección equitativa de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos consagrados en la Declaración”»<sup>53</sup>. Conforme a ello, la Comisión comprobó que el Estado denunciado no había respetado el derecho a la libertad de los extranjeros ya que las limitaciones a ese derecho no habían sido razonables y proporcionadas ni se había respetado el derecho a la protección judicial ya que se le había negado el acceso a un recurso en contra de la medida por la que se ordenó la detención.

### c) El respeto del derecho al debido proceso y el acceso a la asistencia consular de los extranjeros

En la práctica tanto de la Comisión como de la Corte a lo largo del último decenio se observa un número importante de casos en los que se alegó la violación del derecho al debido proceso y al acceso a la asistencia consular de los ciudadanos extranjeros. La mayoría de estos casos se refieren a extranjeros que se encontraban de manera regular en el territorio extranjero (migrantes

(51) Los peticionarios sostuvieron que Estados Unidos era responsable de la violación de los artículos I, XVII, XXV y XXVI de la Declaración Americana.

(52) Informe núm. 51/01. En esa oportunidad, la Comisión expresó: «este derecho, al igual que otros consagrados en la Declaración, se aplica a todos los individuos que estén bajo la autoridad y el control del Estado y debe ser otorgado a todas las personas sin distinción, de acuerdo con el derecho a igual protección de la ley consagrado en el artículo II de la Declaración. No es un derecho ilimitado. Se trata de saber si el Estado denunciado cumplió con la legalidad de la detención, de tal manera que la privación de la libertad no resulte arbitraria, los peticionarios están o estuvieron en algún momento previo bajo la detención del Estado en razón de su condición de “extranjeros excluibles” por falta de la documentación adecuada, de acuerdo con la ley de inmigración y naturalización parecería surgir del expediente que los peticionarios han sido privados de su libertad por el Estado y que su detención ha sido obviamente de carácter administrativo, vinculándose a su condición de inmigración».

(53) *Ibidem*, párr. 239.

documentados). Su examen permite comprobar cuál es la posición de la Comisión y la Corte Interamericanas respecto de la tutela del derecho al acceso a la protección consular por parte de los migrantes en general.

El supuesto de hecho más recurrente en la presentación de las peticiones lo constituyó la situación de varios detenidos extranjeros que se hallan en el corredor de la muerte en Estados Unidos motivando la actuación de la Comisión y el ejercicio de la competencia consultiva por parte de la Corte<sup>54</sup>. En efecto, la Comisión tramitó varias peticiones formuladas respecto de la denegación del acceso a la asistencia consular a extranjeros en el marco de las garantías procesales. En estos casos, la Comisión constató que los extranjeros detenidos en las cárceles de otro Estado se encontraban en una situación de desventaja debido a «la incapacidad (...) de hablar el idioma del Estado, el desconocimiento de su sistema jurídico, o la incapacidad de recopilar la información pertinente, como pruebas atenuantes, de su país de origen» con lo cual el acceso a la asistencia consular resultaba necesario para preparar adecuadamente su defensa<sup>55</sup>. En general, la posición que la Comisión mantuvo en estos casos fue la de reafirmar que los detenidos extranjeros gozan de un derecho individual para comunicarse con las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad, derecho éste distinto e independiente del derecho de los Estados de proteger a sus nacionales en el extranjero<sup>56</sup>.

A su vez, la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la *Opinión Consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (Opinión Consultiva OC-16/99) de 1 de octubre de 1999, en respuesta a la solicitud formulada por México<sup>57</sup>. La base fáctica de la solicitud fueron los diferentes casos presentados en Estados Unidos referidos a nacionales mexicanos que se hallaban en el corredor de la muerte y a los que no se les había informado acerca de la posibilidad de contactar con representantes del Consulado mexicano a fin de solicitar la intervención y asistencia de las autoridades consulares. La solicitud de México se hallaba encaminada a determinar si la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 concede un derecho individual a solicitar la intervención de las autoridades consulares. Cabe recordar que, casi contemporáneamente, México llevó el caso ante la Corte Internacional de Justicia (*Caso Avena y otros*) la cual dictó sentencia en marzo de 2004<sup>58</sup>.

(54) Cabe recordar que ante la Corte Internacional de Justicia se han ventilado casos relativos a estos extremos que involucran la interpretación y aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares respecto del derecho de asistencia consular de en el contexto de un proceso penal relacionado con la aplicación de la pena capital: Caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos) Sentencia de 27 de junio de 2001; Caso *Breard* planteado ante la CIJ en 1998 (*Paraguay c. Estados Unidos*) aun cuando el Estado demandante desistió antes de que la Corte se pronunciara sobre el fondo del asunto.

(55) Observaciones presentadas por la Comisión en la Opinión Consultiva 16/1999, párr. 64. Ver además Informe sobre el fondo núm. 52/02, Caso 11.753 *Ramón Martínez Villareal c. Estados Unidos*, 10 de octubre de 2002, párr. 69.

(56) Ver las observaciones finales de la Comisión en la Opinión Consultiva 16/99, párr. 26.

(57) ACEVES, W.J., «The Right of Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law. Advisory Opinion OC-16-99 (in International Decisions)», *The American Journal of International Law*, vol. 94, No. 3. (Jul., 2000), pp. 555-563. La Opinión Consultiva OC-16/99 se encuentra disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 14.02.2010).

(58) Caso *Avena y otros* (México c. Estados Unidos), CIJ, Sentencia de 31 de marzo de 2004.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

La Corte, efectuando una interpretación progresista, analizó la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares a la luz de la Declaración Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con una interpretación teleológica y de corte humanista, la Corte estableció que la Convención de Viena confiere un derecho individual a los ciudadanos extranjeros detenidos en el Estado receptor (sin efectuar ningún tipo de distinción en razón de su situación legal) a ser informado sin demora del derecho a solicitar asistencia al Consulado de su nacionalidad y a poder comunicarse con las autoridades consulares para recibir ayuda y asistencia y preparar su defensa legal. Así también, la Corte subrayó que las autoridades consulares del Estado en cuestión tienen el derecho a ponerse en contacto y entrevistarse con los nacionales que se encuentren en el Estado receptor<sup>59</sup>. Consecuentemente, la Corte fijó los contornos de la obligación de las autoridades del Estado receptor de poner en conocimiento del Estado de la nacionalidad del extranjero la privación de la libertad sufrida por éste. Siguiendo la doctrina del efecto útil, y a fin de garantizar la preparación de una defensa efectiva, la Corte determinó que el momento oportuno para informar al nacional extranjero acerca de tal derecho es cuando se procede al arresto y, en todo caso, antes de que el detenido preste cualquier declaración o confesión ante las autoridades policiales o judiciales. En síntesis, la Corte reconoció el derecho a la asistencia consular como derecho individual más allá de los derechos que le competen a los Estados dentro de sus potestades soberanas en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares<sup>60</sup>.

### **d) Derecho a la tutela judicial en los casos de deportación y acceso a la instancia internacional**

La Comisión Interamericana, además, ha reconocido la admisibilidad de las peticiones en varios casos concernientes a migrantes en situación irregular que fueron expulsados en circunstancias controvertidas y en los que se invocaba la violación de las garantías judiciales contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>61</sup>.

En uno de los casos se alegaba la violación del derecho a la protección judicial en perjuicio de 47 ciudadanos nicaragüenses que habían sido expulsados desde Costa Rica a Nicaragua en 1995<sup>62</sup>. En el supuesto los nacionales nicaragüenses fueron deportados desde Costa Rica a Nicaragua en la frontera antes de entrar al territorio ya que no poseían los documentos migratorios necesarios para ingresar, sin poder articular ningún tipo de recurso judicial ante las autoridades costarricenses. Se indicaron, además, otras irregularidades en el proceso de deportación como la falta de

(59) En la Opinión, la Corte expresó: «la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia».

(60) La Corte consideró, además, que el respeto de los requisitos de la Convención de Viena permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles.

(61) Los dos casos que se citan y comentan han superado la fase de admisibilidad, encontrándose pendiente la decisión sobre el fondo. Hay que recordar que la duración del procedimiento en los supuestos en que se declara la admisibilidad del caso varía en función de su complejidad.

(62) Informe núm. 37/01 caso 11.529 *José Sánchez Guner Espinales y otros c. Costa Rica*, de 22 de febrero de 2001.

resolución que la ordenase, las lesiones infringidas por las autoridades costarricenses a algunas de las personas deportadas y la desaparición de dos personas que habían sido deportadas y que no regresaron a Nicaragua<sup>63</sup>. De acuerdo con los antecedentes del caso, la Comisión analizó con detalle el requisito previo del agotamiento de los recursos internos en el acceso de los peticionantes a la instancia internacional. La Comisión eximió del cumplimiento de dicho requisito teniendo en cuenta el contexto en el que se produjo la deportación, y, fundamentalmente, que no se permitió a las personas el acceso a los recursos de la jurisdicción interna<sup>64</sup>.

En otro caso, la Comisión comprobó los requisitos de admisibilidad de una petición en la que se denunciaban las condiciones en las que se produjo la expulsión de un ciudadano nicaragüense en situación irregular en Costa Rica. En este supuesto se trataba de un trabajador migrante que trabajaba por períodos alternos en Costa Rica y que se encontraba en el territorio de dicho Estado en el momento de la expulsión. Como en el caso anterior, esta persona había sido deportada sin posibilidad de interponer ningún recurso judicial en contra de la decisión que ordenaba su expulsión debido a su condición de «irregular» o indocumentado. Además, en la petición se alegó que durante el procedimiento de expulsión dicho ciudadano nicaragüense había sido lesionado por las autoridades que procedieron a la deportación<sup>65</sup>. La Comisión siguió el razonamiento del caso anterior y, por tanto, eximió al peticionante del agotamiento de los recursos internos en Costa Rica, confirmando la posición sostenida en el caso anterior.

Como se puede apreciar, la Comisión ha adoptado una posición pragmática y una interpretación de las normas ajustada a la realidad, para evitar que la situación irregular en la que encontraban los ciudadanos extranjeros que ya les había dificultado el acceso a la jurisdicción interna durante la expulsión les impidiese, además, el acceso a la instancia internacional de protección.

### e) Garantías en el caso de expulsiones colectivas de extranjeros

Con relación a las garantías en el contexto de la expulsión de extranjeros, en fecha reciente la Corte Interamericana adoptó medidas provisionales en el caso de deportaciones masivas de ciudadanos haitianos y dominicanos de origen haitiano dispuestas por República Dominicana<sup>66</sup>. Durante la tramitación de la petición ante la Comisión, ésta comprobó que dichas expulsiones colectivas se estaban llevando a cabo sin respeto de los procedimientos legales y sin comprobación adecuada de la nacionalidad ni del estatus migratorio de los expulsados. Ante ello, la Comisión solicitó como medida cautelar que República Dominicana pusiera fin a las expulsiones colectivas y que respetara el derecho al debido proceso, solicitud que fue desatendida por el gobierno dominicano. Posteriormente, y ante el incremento de las expulsiones en 2000, la Comisión elevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de medida provisional de carácter genérico

(63) *Ibidem*.

(64) Artículo 46.2.b) de la Convención, que establece los casos en los que no son de aplicación los párrafos 1.a) y 1.b).

(65) Informe núm. 89/00 caso 11.495 *Juan Ramón Chamorro Quiroz c. Costa Rica*, 5 de octubre de 2000.

(66) A diferencia de cuanto acontece en el sistema del CEDH no existe en la Convención Americana ni en el resto de los instrumentos adoptados una norma que prohíba las expulsiones masivas de extranjeros.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

en favor de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano que se encontraban sujetas a la jurisdicción de la República Dominicana y que corrían el riesgo de ser expulsadas o deportadas colectivamente por dicho Estado.

En la solicitud, la Comisión expresó la necesidad de adoptar «medidas provisionales para que el Estado dominicano estableciera procedimientos que permitieran verificar los casos donde no procedía la deportación, de aquellos casos en que sí procede. En el caso de que la expulsión o deportación fuera procedente (...) se debían “satisfacer plenamente los requisitos del debido proceso, incluyendo el plazo mínimo de notificación, acceso a miembros de la familia, audiencias adecuadas y decisiones adoptadas legalmente por las autoridades competentes. Asimismo, solicitó que en todos los casos, las deportaciones deberían realizarse de manera individual y no en forma masiva”<sup>67</sup>. Una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos indicados en este supuesto la Corte otorgó medidas provisionales para proteger a personas determinadas (la suspensión de la deportación en la mayoría de los casos)<sup>68</sup>. Por lo demás, la Corte recordó que si bien «es atributo de la República Dominicana tomar decisiones soberanas acerca de su política de migración, éstas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana»<sup>69</sup>. La adopción de tales medidas cautelares en el caso de expulsiones masivas, reviste no sólo importancia desde el punto de vista procedimental, sino que marca una línea jurisprudencial según la cual los Estados no pueden ejecutar la política migratoria al margen del respecto de los derechos humanos y que establece, además, que durante el procedimiento de expulsión cada caso debe ser examinado individualmente<sup>70</sup>.

### B) El estatuto de los migrantes (documentados e indocumentados) y el goce de derechos económicos, sociales y culturales

Como ha podido observarse en el epígrafe anterior, hasta mediados del decenio de los noventa, el Sistema Interamericano había tratado diversas cuestiones vinculadas fundamentalmente con los derechos de los migrantes en cuanto al ingreso y salida del territorio de un Estado extranjero. Puede afirmarse que, a partir de la mitad de los noventa, la práctica lentamente ha dado un viraje. Conforme a ello, se constata una preocupación de los órganos de protección por fijar

(67) Escrito de solicitud de medidas provisionales de 30 de mayo de 2000 presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte.

(68) La Corte fundó la adopción de medidas provisionales en «los antecedentes presentados por la Comisión en su solicitud demuestran *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia en cuanto a los derechos a la vida, la integridad personal, protección especial a los niños en la familia y el derecho de circulación y residencia de las personas identificadas en el addendum». Cabe añadir que además de estas medidas provisionales, con posterioridad y en el mismo caso la Corte ha adoptado nuevas medidas para proteger de la expulsión a otros extranjeros que se encontraban en idéntica situación.

(69) *Medidas Provisionales, Ciudadanos Haitianos y Dominicano Haitianos en la República Dominicana*, Decisiones del 14 de septiembre de 2000, 12 de noviembre de 2000 y 26 de mayo de 2001. Lo que figura en itálica es un agregado nuestro.

(70) Dicha línea jurisprudencial guarda cierta semejanza (salvando las diferentes circunstancias) con la sentada por el TEDH en el *Caso Conka*. En dicho caso el TEDH constató la violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 ya que el procedimiento de la expulsión no había tenido las garantías suficientes que demostraran que las circunstancias personales de cada una de las personas concernidas habían sido individualizadamente tenidas en cuenta. *Caso Conka c. Bélgica*, Sentencia del 5 de febrero de 2002. Disponible en: <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc> (último acceso 14.02.2010).

los contenidos de lo que debería constituir el estatuto de los migrantes (sean documentados o indocumentados), en otras palabras, por determinar cuáles son los derechos cuyo ejercicio se debe garantizar a los migrantes durante su permanencia en el territorio del Estado receptor. Y, en esta dirección, ha sido la Corte la que ha perfilado los contornos de este estatuto incluyendo no sólo los clásicos derechos civiles y garantías procesales, sino, además, aquellos derechos de carácter económico, social y cultural, en aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Protocolo de San Salvador y de la Convención sobre la protección de todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias. En el marco de esta «nueva época» del Sistema Interamericano se insertan tanto la *Opinión Consultiva OC 18/2003* como el *Caso de las Niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico*.

### a) Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados

La Corte se refirió de manera general a los derechos de migrantes en la *Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003, sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*. A través de ella la Corte fijó la posición del Sistema Interamericano respecto del reconocimiento y garantía de derechos de los migrantes indocumentados en el continente. Al igual que la anterior opinión consultiva analizada la solicitud fue interpuesta por México tras la situación de desprotección de los migrantes indocumentados generada por la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hoffman*<sup>71</sup>. En esencia, México, requirió la opinión de la Corte acerca de la condición jurídica de los trabajadores migrantes indocumentados y si tal situación podía justificar que un Estado denegase el acceso a ciertos derechos y remedios procesales, así como a derechos sociales básicos. Es de resaltar que durante la tramitación de la Opinión varios Estados apoyaron la solicitud de México y que numerosas Organizaciones No Gubernamentales especializadas en la protección de los migrantes intervinieron en calidad de *amicus curiae*.

La Opinión Consultiva analiza con detalle la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable al caso, en especial la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los miembros de sus familias. Esta Opinión Consultiva de la Corte deja establecidos los criterios generales y principios a la luz de los cuales debe ser considerada la situación de los extranjeros cualquiera sea su condición y la de los trabajadores migrantes indocumentados.

En la Opinión Consultiva, la Corte abordó diversos aspectos fundamentales para la protección de los derechos de los migrantes. En primer lugar, el órgano judicial interamericano se refirió

(71) En marzo de 2002, la Corte Suprema de Estados Unidos proclamó una polémica sentencia en el caso denominado *Hoffman Plastic Compounds Inc vs. NLRB*, por la cual desconoció el derecho a los salarios e indemnización de un trabajador migrante indocumentado que había sido despedido por haberse afiliado a un sindicato. A partir de allí, varios tribunales inferiores siguieron la línea jurisprudencial, desconociendo los derechos laborales básicos a migrantes indocumentados. Del mismo modo que sucedió con la anterior el pedido de opinión consultiva recibió el apoyo de numerosas organizaciones de defensa de los derechos humanos, de los derechos de los trabajadores e inmigrantes. Otros Estados americanos presentaron informes al respecto. Es interesante notar cómo a través de los informes *amicus curiae* de las organizaciones se pone de manifiesto la situación de las personas en situación irregular (en especial trabajadores migrantes) en el continente americano.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

a la naturaleza del principio de no discriminación y de igualdad de trato. La Corte analizó la naturaleza del principio de no discriminación e igualdad de trato estableciendo que el mismo tiene naturaleza consuetudinaria, pertenece al *ius cogens* y acarrea obligaciones de respeto *erga omnes* que alcanzan a terceras partes, incluyendo Estados e individuos. Por tanto, su violación genera responsabilidad internacional por parte del Estado en cuestión.

En segundo lugar, la Corte analizó específicamente el *ejercicio de derechos por parte de los migrantes indocumentados*. La Corte subrayó la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los extranjeros que se desplazan de un Estado a otro en general y, en particular, cuando carecen de un estatus legal puesto que en muchas ocasiones ven menoscabados sus derechos, son objeto de tráfico de personas y sufren actos de discriminación y xenofobia. La Corte estableció que el estatus irregular de una persona no puede privar a ésta de la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, entre ellos, del derecho al debido proceso. Refiriéndose a los trabajadores migrantes indocumentados, la Corte determinó que el estatus migratorio no puede ser un fundamento para negar a éstos el goce de derechos laborales. La Corte enfatizó que hay determinados derechos laborales que se derivan de la relación de empleo y que deben ser reconocidos a todos los trabajadores, nacionales y extranjeros, sin importar la condición de estos últimos. A los Estados les corresponde verificar que los empleadores cumplan con tales derechos a fin de evitar que en las relaciones contractuales se violen esos estándares mínimos internacionales.

Finalmente, la Corte se refirió a la *política migratoria de los Estados americanos y el respeto de los derechos humanos*. Al respecto la Corte reiteró que si bien los Estados están facultados para tomar las orientaciones en su política migratoria que crean convenientes, éstos se encuentran obligados a respetar los derechos humanos y a observar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

### b) Derecho a la nacionalidad y a la educación en el caso de menores en situación irregular

En un caso reciente y novedoso examinado en ambas fases de protección (ante la Comisión y ante la Corte), se analizó el goce de derechos de menores en situación irregular. El caso en cuestión involucraba a dos menores de padres haitianos nacidas en República Dominicana (Dilcia Yean y Violeta Bosico) cuyo estatus migratorio fue cuestionado por las autoridades de dicho Estado, negándoseles, como consecuencia de ello, el goce de ciertos derechos humanos<sup>72</sup>.

En la petición ante la Comisión se alegó que el Estado en cuestión, República Dominicana, había negado la nacionalidad dominicana a las niñas pese a que habían nacido en el territorio dominicano y aun cuando la Constitución de ese Estado se rige en la materia por el principio de *jus*

(72) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Admisibilidad Núm. 28/01, Caso 12.819, *Dilcia Yean y Violeta Bosica (República Dominicana)*, 22 de febrero de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

*soli*. Además, las menores no habían sido inscritas en el Registro Civil debido a la negativa de las autoridades correspondientes en razón de su ascendencia haitiana y debido a la circunstancia de que al momento de su nacimiento sus padres se encontraban en República Dominicana en situación irregular y, por lo tanto, no tenían derecho a obtener la nacionalidad dominicana. Como consecuencia, la condición jurídica de las niñas era la de extranjeras en situación irregular, sujetas a deportación. Además, en el caso de una de ellas que estaba en edad escolar, se le había denegado la posibilidad de recibir educación primaria<sup>73</sup> por carecer de documentos para inscribirse en la escuela correspondiente a su lugar de residencia.

Concluida la fase ante la Comisión, ésta presentó la demanda contra República Dominicana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una presunta violación de los derechos contenidos en los artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno).

En la sentencia, la Corte Interamericana se refirió a la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las niñas calificándola como «limbo legal» ya que no poseían la nacionalidad de ningún Estado (apatridia) y se encontraban bajo riesgo cierto de ser expulsadas y separadas de su familia y no se les había reconocido el derecho a la personalidad jurídica ni al nombre, derechos que integran el estándar mínimo<sup>74</sup>. Asimismo, la Corte comprobó que República Dominicana había procedido de manera discriminatoria en contra de las menores al haberles negado la nacionalidad en razón de su ascendencia haitiana, actuando «de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño»<sup>75</sup>. Asimismo, la Corte precisó que: «el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa»<sup>76</sup>. Con respecto al *derecho a la educación básica*, la Corte enfatizó que es un derecho que debe garantizarse a todas las personas y, primordialmente, a los niños, con independencia de su condición de extranjero irregular. La Corte recordó que «el deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

(73) *Ibidem*, párr. 166.

(74) Además de los fundamentos jurídicos del caso, la Corte aporta una descripción detallada de las migraciones de haitianos hacia República Dominicana. La Corte se remitió a los informes del Comité de los Derechos del Niño y de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas que resaltan la difícil situación de los migrantes haitianos en República Dominicana sometidos a actos de discriminación y racismo y con un limitado acceso a vivienda, educación y servicios de salud.

(75) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las *Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 166.

(76) *Ibidem*, párrs. 155 y 166.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual»<sup>77</sup>.

### V. CONSIDERACIONES FINALES

La adopción de normas específicas para la protección de diversas categorías de migrantes internacionales constituye uno de los avances más destacados a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pese a ello, existe un considerable desfase entre los derechos consagrados en los instrumentos internacionales y la práctica de los Estados.

La actuación de los diversos sistemas de protección de los derechos humanos regionales demuestra el establecimiento de estándares de protección de los extranjeros, dentro de los que se puede identificar un núcleo duro de derechos humanos reconocidos a los migrantes cuyo contenido coincide en mayor o menor medida con el estándar mínimo internacional y una «zona de penumbra» en la que se sitúan ciertos derechos de índole económica, social y cultural cuya titularidad se encuentra aún debatida. Por otra parte, la práctica del sistema europeo y del americano pareciera indicar una convergencia hacia estándares comunes de protección de los migrantes. En ese sentido, por ejemplo, los puntos de encuentro entre la Sentencia del TEDH en el caso de Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga y de la Sentencia de la CIDH en el caso de las Niñas Yean y Bosico confirmarían esta tendencia.

El Sistema Interamericano ha evolucionado hacia la especialización en las cuestiones migratorias. Ya anteriormente, la Comisión y la Corte, a partir de la interpretación dinámica de la Declaración y la Convención Americanas, habían individualizado las garantías mínimas que protegen a los extranjeros. En esta nueva etapa, los órganos de protección interamericanos han ido más allá de los derechos tradicionalmente incluidos dentro del estándar mínimo, reconociendo a los migrantes el ejercicio de otros derechos que pertenecen a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos laborales a los trabajadores migrantes indocumentados o el derecho a la educación básica a niños extranjeros en situación irregular.

El activismo u «optimismo» judicial del órgano jurisdiccional interamericano ha sido determinante en la adopción de este nuevo esquema de protección de los derechos de los migrantes. En este sentido, puede afirmarse que la Opinión Consultiva OC-18/03 constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte y que, a la vez, ha completado una laguna existente en la protección que brinda el Sistema. Un aspecto crucial y que queda pendiente es el de la efectividad de los derechos reconocidos a los migrantes en la práctica del Sistema Interamericano a nivel interno de los Estados. En este respecto, dos signos positivos se pueden observar a la luz de la OC-18/03. El primer signo se refiere a la participación de diversos sectores de la sociedad civil (especialmente organizaciones no gubernamentales especializadas en la tutela de derechos humanos)

(77) *Ibidem*, párr. 185.

interesados en la protección de los derechos humanos de los migrantes, manifestada mediante la intervención como *amicus curiae*. El segundo consiste en el control escrupuloso del cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por la Corte, ya que, además del órgano judicial, en el seguimiento de la implementación de la OC 18/03 intervino activamente la OIT. Todo lo cual pareciera auspiciar una mayor protección para los migrantes en el continente americano.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ACEVES, W.J.: «The Right of Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law. Advisory Opinion OC-16-99» (in International Decisions), *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 3 (Jul., 2000), pp. 555-563.
- AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A.: «La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 10, 2005, pp. 117-126.
- ALEIKINOFF T.A. y CHETAIL V. (Ed.): *Migration and International Legal Norms*, Asser Press, The Hague/Boston/London, 2003.
- BRADLEY, A.; JANIS, M. y KAY, R.: *European human rights law: cases and commentary*, Clarendon Press, New York, 1995.
- BHABHA, J.: «Children, Migration and International Norms», en ALEINIKOFF, A. y CHETAIL, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 203-223.
- BENHABIB, S.: *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- BRADLEY, A. W.; JANIS, M.W. y KAY, R.S., *European Human Rights Law*, 2001.
- BUERGENTHAL, Th.: «The Evolving International Human Rights System», *American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 4 (Oct., 2006), pp. 783-807.
- BUSTAMANTE, J.A.: «Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights», *International Migration Review*, Vol. 36, No. 2. (Summer, 2002), pp. 333-354.
- CANÇADO TRINDADE, A.: *El Derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.
- CHETAIL, V., «Freedom of Movement and Transnacional Migrations», en ALEINIKOFF, A. y CHETAIL, V.: *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 47-60.
- CHIMNI, B.S.: «Development and Migration», en ALEINIKOFF, A. y CHETAIL, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 255-287.
- CHUECA SANCHO, A.: «La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del tratado de la Unión Europea: un breve apunte», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15, 2007, pp. 185-194.
- «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería: (crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2005 a 30 de junio de 2006)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 13, 2006, pp. 157-186.

## Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes

- «Avanza la ratificación de la convención de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 8, 2005, pp. 271-272.
- «El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la extranjería: (crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2004 a 30 de junio de 2005)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 10, 2005, pp. 235-261.
- «Los derechos fundamentales en la Constitución para Europa: las principales carencias de su constitucionalización», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 8, 2005 (Ejemplar dedicado a: La Constitución de la Unión Europea), pp. 85-102.
- «Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, 2005, pp. 45-63.
- *La expulsión de extranjeros en la CEDH*, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.
- «Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación», en *La inmigración, una realidad en España*/coord. por Centro Pignatelli, Seminario de Investigación para la Paz; Jesús María ALEMANY BRIZ (aut.), 2002, pp. 237-262.
- «La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios», en *La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, 2002, pp. 21-50.

CLEVELAND, S.H.: «Legal Status and Rights of Undocumented Workers. Advisory Opinion OC-18/03» (in International Decisions), *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 2 (Apr., 2005), pp. 460-465.

COLLINSON, S.: *Le migrazioni internazionali e l'Europa*, Il Mulino, Bologna, 1994.

CORSI, C.: *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001.

DAVIDSON, S.: *The Inter-American Court of Human Rights*, Dartmouth Publishing Company Limited, Vermont, 1992.

DÍAZ BARRADO, C.M.: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa», *Diario La Ley*, núm. 7075, 2008.

DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 14.<sup>a</sup> ed., 2006.

FITZPATRICK, J.: «The Human Rights of Migrants», en ALEINIKOFF, A. y CHETAIL, V., *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 169-184.

FROST, L.E.: «The Evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of Present and Former Judges», *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, No. 2. (May, 1992), pp. 171-205.

GOODWIN-GILL, G.S.: «International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees», *International Migration Review*, Vol. 23, No. 3, Special Silver Anniversary Issue: International Migration an Assessment for the 90's (Autumn, 1989), pp. 526-546.

IOM (International Organization for Migrations), «Illustration of Multilateral, Regional and Bilateral Cooperative Arrangements in The Management of Migration», en ALEINIKOFF, A. y CHETAIL, V.: *Migration and International Legal Norms*, Georgetown University, Washington DC, pp. 305-333.

LAMBERT, H.: *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.

LAVENEX, S.: «Towards the Constitutionalization of Aliens' Rights in the European Union?», *Journal of European Public Policy*, Volume 13, Issue 8, December 2006.

- LAWSON, R. y SCHERMES, H.: *Leading Cases of European Court of Human Rights*, Second Edition, Ars Aequi Libri, 1999.
- LILLICH, R.B.: *The human rights of aliens in contemporary international law*, Dover, N.H., U.S.A, Manchester University Press, 1984.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: *Un mundo sin desarraigo: El Derecho internacional de las migraciones*, Libros de la Catarata, Madrid, 2006.
- NAFZIGER, J.A.R.: «The General Admission of Aliens under International Law», *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983.
- NICKEL, J.: *Human rights and the Rights of Aliens*, Working Paper, Maryland University, College Park. Center for Philosophy and Public Policy, New York; 1980.
- OLMOS GIUPPONI, M.B.: *Improving the EU Immigration System: Reflections in the Light of the Return Directive*, Working Paper 2009/39, European University Institute, Florence, 2009.
- *Derechos Humanos e Integración en América Latina y el Caribe*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
  - «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de mayo de 2005: asunto Öcalan c. Turquía», en *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 5, 2005, pp. 145-176.
  - *La protección de los derechos humanos en el sistema de la Convención Americana. Situación actual y perspectivas*, Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2000, pp. 104-115.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «La interrelación de los sistemas de protección de los Derechos Fundamentales, Comentarios a la Constitución Europea», coord. por Vicente GARRIDO MAYOL, Susana GARCÍA COUSO, Enrique ÁLVAREZ CONDE, vol. 2, 2004 (Los derechos y libertades, coord. por Enrique ÁLVAREZ CONDE, Vicente GARRIDO MAYOL), pp. 1653-1667.
- PASQUALUCCI, J.M.: *Practice and Procedure of The Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003.
- RODRÍGUEZ, G.: «The role of the United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants», *International Migration* 38(6) 2000, pp. 73-79.
- RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M.: *La ciudadanía de la Unión Europea*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- STALKER, P.: *Workers without Frontiers. The Impact of Globalisation on International Migration*, Boulder: Lynne Rienner Publishers/ILO, 2000.

MONTSERRAT ABAD CASTELOS  
Profesora Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Carlos III (Madrid)  
(mabad@der-pu.uc3m.es)

II

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales\*

# SUMARIO

### I. Introducción.

### II. El marco normativo internacional de referencia y la adaptación de las legislaciones internas.

III. Medidas adoptadas por las organizaciones internacionales que se ocupan del tráfico ilícito de personas. A) Organizaciones y Organismos internacionales de ámbito universal. a) Aspectos generales. b) La ONUDC. c) La OMI. d) El ACNUR. B) Organizaciones y Organismos internacionales de ámbito regional o subregional. a) Aspectos generales. b) Algunos ejemplos.

### IV. Los procesos consultivos regionales.

### V. La cooperación entre organizaciones internacionales y otras entidades.

### VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que ni la delincuencia organizada transnacional en general ni el tráfico ilícito de migrantes son manifestaciones delictivas nuevas, sí es cierto que se nutren de nuevas vías y posibilidades de comisión en virtud de la globalización. La imagen de la delincuencia organizada transnacional que tenemos actualmente es en gran medida el resultado de la evolución que al menos una parte de la delincuencia tradicional ha experimentado en el último tercio del siglo XX. Entre los caracteres específicos de la delincuencia organizada transnacional contemporánea, cabe destacar su gran capacidad para adaptarse a las circunstancias propias del entorno

(\*) El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2007 – 64564/JUR), titulado «La Protección Marítima: Nueva Dimensión de la Política Marítima de la Unión Europea», cuyo investigador principal es el profesor SOBRINO HEREDIA, J.M.

en que tiene lugar el desarrollo de sus actividades; la explotación de la vulnerabilidad y de las posibilidades de cada país; la rápida asimilación en la utilización de las nuevas tecnologías; una gran movilidad y expansión como consecuencia de los avances producidos en las telecomunicaciones y en el transporte; o el aprovechamiento de todos aquellos factores sociales que le son propicios, llegando a modificar sus expectativas en función de ellos<sup>1</sup>. Entre las formas más habituales que puede tener este tipo de delincuencia se encuentran, junto al tráfico de migrantes o la trata de personas, el tráfico de estupefacientes y de armas, el blanqueo de dinero, la corrupción o ciertos delitos contra el patrimonio cultural, a la vez que cabe advertir la existencia de vínculos crecientes entre este tipo de delincuencia y los delitos de terrorismo<sup>2</sup>.

En lo que al objeto de este escrito atañe, el tráfico ilícito de migrantes, cabe indicar, siguiendo a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), que debido a su condición de negocio sumamente rentable y difícil de detectar, se ha convertido últimamente en un delito cada vez más atractivo para los traficantes, que se organizan cada vez mejor, estableciendo redes profesionales que trascienden las fronteras y las regiones, utilizando métodos muy diferentes entre sí. Mientras que algunos ofrecen servicios muy costosos y sofisticados basados en la falsificación de documentos, el denominado «tráfico ilícito documentado», otros recurren a métodos baratos que entrañan un enorme riesgo para los migrantes, y que han conducido a un dramático aumento de pérdida de vidas en los últimos años. Además, ha de tenerse en cuenta que los traficantes de migrantes modifican continuamente las rutas y los métodos que utilizan en respuesta a las circunstancias cambiantes, muy frecuentemente a expensas de la seguridad de las personas que son objeto del tráfico<sup>3</sup>. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, si bien sólo un porcentaje pequeño de las entradas clandestinas se realizan por vía marítima, sus repercusiones son enormes debido, entre otros factores, al riesgo humanitario que afrontan quienes emigran irregularmente de ese modo y a la trágica pérdida de muchas vidas en el intento<sup>4</sup>. Además, debe tenerse en cuenta que, según estimaciones actuales, más de la mitad de los migrantes que realizan un traspaso ilícito de fronteras en el mundo lo hacen asistidos por traficantes<sup>5</sup>.

## II. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE REFERENCIA Y LA ADAPTACIÓN DE LAS LEGISLACIONES INTERNAS

El marco normativo fundamental en materia de tráfico ilícito de migrantes ha sido elaborado en el ámbito universal de las Naciones Unidas. Se trata del Protocolo contra el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas

(1) Cfr. RUEDA MENÉNDEZ, J.: «La delincuencia organizada transnacional», *Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior*, 2005, disponible en <http://www.uned.es/investigacion/publicaciones>.

(2) Sobre ello, puede verse en general, WILLIAMS, P.: «Transnational criminal organizations: Strategic alliances», *The Washington Quarterly*, Vol. 18, pp. 57-72.

(3) «Tráfico ilícito de migrantes», abril de 2009, ONUDD (localizable como documento pdf en su Sitio Web: <http://www.ONUDD.org>).

(4) Sobre ello, puede verse VÉLEZ ALCALDE, F.J.: «Pateras, cayucos y mafias transfronterizas en África: el negocio de las rutas atlánticas hacia las Islas Canarias», *ARI*, núm. 14, 2008 (también en [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org)).

(5) *Report of the Third Bali Regional Ministerial Conference on People Smuggling, Trafficking in Persons and Related Transnational Crime*, Bali (Indonesia), 14-15 abril 2009.

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales

II

contra la Delincuencia Organizada Transnacional (a partir de ahora, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes)<sup>6</sup>.

Procede destacar aquí, a modo de presupuesto o de punto de partida, que la adopción de ese marco normativo en las NU constituye en sí misma la medida más importante que haya adoptado una Organización internacional sobre la materia, ya que ha supuesto una especie de cimiento normativo al respecto, sobre el cual ha podido construirse un entramado de medidas adoptadas por los Estados y por otros organismos, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Medidas que, en definitiva, no hubiera sido posible tomar si no se hubiera contado previamente con tal premisa normativa.

Lo cierto es que los tratados de referencia sobre delincuencia organizada transnacional, en particular los tres primeros, cuentan con un amplio número de Estados Parte, pero ni mucho menos se acercan a una ratificación masiva. A fecha de 15 de abril de 2010, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional tiene 148 Estados Parte, el Protocolo contra la trata de personas, 129 y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, 119. A su vez, el Protocolo contra el tráfico de armas de fuego, sólo tiene 79<sup>7</sup>. Además, debe destacarse que determinadas ausencias en la lista de Estados Parte resultan especialmente preocupantes, debido a que el fenómeno que trata de combatirse toca de una forma u otra, como Estados de origen, de tránsito o de destino, a tales países. Así, en el caso del Protocolo contra el tráfico de migrantes, deben destacarse ausencias como la de Grecia, la India, Indonesia, Haití, Sierra Leona,...<sup>8</sup>.

De entre las novedades normativas traídas por el Protocolo contra la trata de personas y el Protocolo contra el tráfico de migrantes cabe destacar, entre otras cosas, la seguridad jurídica que llega por las definiciones aportadas con respecto a las acciones de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes, que se contienen en el artículo 3 de cada uno de ellos. Desde la perspectiva empleada en este trabajo, es de enfatizar la seguridad jurídica que la introducción de ambos conceptos ha traído consigo, sobre todo a la vista de su consolidación en el plano internacional. No hay más que hacer un recorrido rápido por los Sitios Web de cualquier organismo internacional de carácter gubernamental, dentro o fuera del sistema de las Naciones Unidas, o de cual-

(6) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se complementa también con otros dos Protocolos, entre los que debe destacarse ahora el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (a partir de aquí, Protocolo contra la trata de personas). Los tres instrumentos convencionales pudieron ser elaborados después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara las Resoluciones 53/111 y 53/114, de 9 de diciembre de 1998, a través de las cuales decidía el establecimiento de un Comité especial intergubernamental de composición abierta, con el mandato de elaborar una Convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional y de examinar la preparación de instrumentos internacionales que abordaran los problemas de la trata de mujeres y niños, el tráfico ilícito de migrantes y la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas. Finalmente, la Convención y los dos primeros Protocolos fueron adoptados en Palermo, en el año 2000. Y el tercer Protocolo, esto es, el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que también complementa la Convención, fue adoptado en el año 2001.

(7) La Convención entró en vigor en el año 2003. Los Protocolos contra la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y de armas de fuego, lo hicieron, sucesivamente, en los años 2003, 2004 y 2005; Todos los datos figuran en *United Nations, Treaty Collection*, disponible en la base de datos del Sitio Web de las Naciones Unidas.

(8) En cualquier caso, cabe añadir que los Estados Parte en el Protocolo contra el tráfico de migrantes no han formulado ninguna reserva o declaración interpretativa de entidad. La práctica totalidad de los Estados que han formulado una reserva han interpuesto la prevista explícitamente en el artículo 20.3 del Protocolo, y allí permitida, según la cual «cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo o de la adhesión a él, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo».

quiera de carácter no gubernamental que trabaje en el ámbito del tráfico ilícito de migrantes, en el de la trata de personas o en ambos, para darse cuenta de que prácticamente todos ellos parten expresamente de las definiciones consagradas en los Protocolos de referencia.

A menudo, además, los organismos que trabajan en la lucha contra ambos fenómenos se preocupan también de subrayar las diferencias principales entre los dos, puesto que, si bien con frecuencia son realidades que se superponen, en sentido estricto, tienen caracteres diferentes<sup>9</sup>. La propia ONUDC advierte que efectivamente muchas veces en la práctica puede ser difícil distinguir entre la acción de trata de personas (*trafficking in persons*) y la del tráfico ilícito (*smuggling of migrants*), sobre todo, por diversos motivos, como que las personas que son objeto del tráfico ilícito de migrantes pueden convertirse en víctima de trata; que los tratantes también pueden actuar como traficantes y utilizar las mismas vías para ambas actividades; y que las condiciones de las personas objeto de tráfico ilícito de migrantes pueden ser tan malas, que resultaría difícil creer que consintieron en ello<sup>10</sup>.

A pesar de ello, las diferencias fundamentales entre ambos fenómenos se centran en los aspectos siguientes. En primer lugar, existe una distinción en lo relativo al consentimiento, ya que mientras que en el caso del tráfico ilícito, los migrantes suelen consentir en ese tráfico, las víctimas de la trata, en cambio, nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, aquel consentimiento ha perdido todo su valor debido a los actos de los traficantes. En segundo lugar, cabe hacer otra diferenciación tomando en cuenta el parámetro del posible carácter *transnacional* de los hechos. Así, mientras que en el tráfico ilícito *siempre* se produce un cruce ilícito de fronteras y entrada a otro país, en la trata no siempre hay cruce de fronteras, y si lo hay, la legalidad o ilegalidad del cruce no reviste significación. En tercer lugar, otra distinción básica tiene que ver con la *explotación* que siempre tiene lugar en la trata, puesto que la relación entre el tratante y las víctimas supone una explotación constante de la víctima para generar beneficios al tratante, mientras que la relación entre el traficante y el migrante es una transacción comercial que con frecuencia termina con el cruce de las fronteras<sup>11</sup>.

No obstante, a pesar de la consolidación que los conceptos han tenido en el ámbito internacional, es de lamentar que todavía no se haya producido la deseable consolidación normativa paralela en el ámbito de los ordenamientos internos, que resulta además debida para todos los

(9) Para Natalia OLLUS, el tráfico ilícito de migrantes tiene lugar cuando concurren tres condiciones básicas: «there are persons interested in (or lured into) international migration, be it for economic or other reasons; who have no legal ways of migrating, hence they contact or are contacted by; and one or more persons who organise the movement of these migrants for profit»; N. OLLUS (Senior Programme Officer, HEUNI, Helsinki, Finland), «Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: a tool for Criminal Justice Personnel», *Non Paper* presentado en un Grupo de Trabajo en la ONUDC; disponible en la Asesoría Jurídica Internacional, del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación español.

(10) *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Programa Mundial contra la Trata de Personas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas, Nueva York, 2009 (disponible en el Sitio Web de la Oficina), p. 4.

(11) *Cfr. Ibid.*, pp. 4 y 5. Véase también, especialmente sobre la trata, BADÍA MARTÍ, A.M.: «Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños», *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 177-197, en particular, pp. 190-193; ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: «Perspectivas de la cooperación internacional en el marco de las organizaciones internacionales frente a la trata de personas, con especial referencia a la trata de niños», *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las Relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, 2010, pp. 129-138; p. 132.

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales

### II

Estados Parte en dichos instrumentos. Muchos Estados Parte no han comenzado a hacer todavía los deberes o han empezado a hacerlos tardíamente, tiempo después de la entrada en vigor de las normas internacionales vinculantes en el plano interno. Lo óptimo sería, en realidad, que los Estados se anticipasen e hiciesen los preparativos necesarios en el orden interno para asegurar el cumplimiento de las normas desde antes de su entrada en vigor en el plano interno, pero por desgracia es algo que no se ha hecho a menudo en este ámbito<sup>12</sup>.

En el ámbito de la ONUDC se ha adoptado una Ley Modelo contra la trata de personas. Tal como se señala en su propia introducción, esta Ley Modelo está formulada para ayudar a los Estados a modificar y adaptar la legislación existente y adoptar nuevas normas a este respecto. Está concebida para adecuarse a las necesidades de todos los Estados, cualquiera que sea su tradición jurídica, social, así como sus condiciones económicas, culturales o geográficas. La Ley Modelo contiene todas las disposiciones que el Protocolo exige o recomienda que los Estados introduzcan en su legislación interna<sup>13</sup>. El trabajo desarrollado para la adopción de esta Ley Modelo contra la trata de personas ha sido auspiciado por la Unidad de Crimen Organizado y Justicia Criminal en cooperación con la Sección contra la trata de personas y el tráfico de migrantes. En el ámbito de esta Ley Modelo, las cuestiones relativas a las acciones llevadas a cabo en el mar no han merecido atención específica. En ello, no sólo habrán influido ciertos factores políticos, como la importancia dada a los problemas relativos a la frontera terrestre de EEUU con México, sino las propias diferencias entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. No obstante, en el momento de redactar estas páginas hay constituido otro Grupo de Trabajo que se encuentra trabajando sobre la redacción de otra Ley Modelo contra el tráfico ilícito de migrantes. Es de esperar, dado el contenido del Protocolo que constituye el marco normativo de referencia, que los aspectos marítimos sí formen parte relevante de su contenido, ya que si bien el título del Protocolo se refiere al tráfico ilícito de migrantes que se produce por tierra, mar y aire, y de hecho la mayoría de sus disposiciones son aplicables a cualquier incidente de tráfico ilegal, también es cierto que en él se presta una atención muy particular al tráfico ilícito que tiene lugar por mar, lo cual se refleja en el hecho de que éste es el único tipo de tráfico específico que es objeto de un tratamiento autónomo, en el apartado II del Protocolo (artículos 7, 8 y 9)<sup>14</sup>.

(12) Es algo a lo que, por el contrario, sin embargo, se le está dando mucha importancia en el ámbito multilateral de la *Iniciativa de Seguridad contra la Proliferación (ISP) /Proliferation Security Initiative (PSI)*. Más de noventa países cooperan en este marco precisamente para impedir la transferencia por aire mar y tierra de armas de destrucción masiva, sus sistemas de transporte y materiales relacionados, hacia desde los países o entidades no estatales, que son motivo de preocupación. En particular, cabe destacar aquí los esfuerzos llevados a cabo por esta Iniciativa durante 2008 y 2009 para que los Estados participantes pusiesen a punto sus ordenamientos internos a fin de llevar a cabo con garantías los procesos de ratificación de los Protocolos de Enmienda al Convenio para la Represión de los Actos ilícitos dirigidos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (1988) y al Protocolo para la Represión de los Actos ilícitos dirigidos contra la Seguridad de las Plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental (1988) (conocidos como *instrumentos SUA*), ambos adoptados en Londres el 14 de octubre de 2005, y que tipifican por primera vez en el ámbito internacional la comisión de delitos relacionados con la proliferación de armas de destrucción masiva a bordo de buques. Precisamente, con este fin se mantuvieron distintas reuniones entre los asesores jurídicos gubernamentales en el marco de las reuniones del Grupo; entre ellas, la reunión *Proliferation Security Initiative. Operational Experts Group*, mantenida en París, el 25 y 26 de septiembre de 2008.

(13) Original del *Final Draft*, consultado por quien suscribe estas páginas en la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación español.

(14) Intención que ya estaba presente en la Resolución de la AG a través de la cual se decidió establecer el Comité Especial Intergubernamental con la finalidad de crear la Convención y de examinar la posibilidad de elaborar, entre otros, un instrumento internacional que abordara el tráfico y el transporte ilícito de migrantes, «particularmente por mar»; Res. 53/111,

Lo cual es comprensible, pues la realidad había venido mostrando ciertos problemas jurídicos, así como dificultades prácticas de índole específica en el mar.

Ha de tenerse en cuenta que al elaborarse el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes ya se había producido un notable aumento de las actividades de grupos delictivos organizados a estos efectos, y que se partía de la inexistencia de un instrumento universal que abordase los aspectos fundamentales en este ámbito. Por tanto, la finalidad principal del Protocolo, que se enuncia en su artículo 2, es la de «prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico»<sup>15</sup>.

A la vista de todo lo anterior, y partiendo, en consecuencia de la consideración expresada arriba, de que la propia adopción del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes constituye un hito en la evolución del Derecho internacional en la materia, ha de hacerse hincapié en que se trata ésta de una medida normativa de primer orden adoptada por una Organización internacional, en este caso las Naciones Unidas, que permitirá múltiples y heterogéneos avances en varios ámbitos. Por ello, a continuación vamos a ofrecer una panorámica de otras acciones llevadas a cabo en el seno de ésta y de otras Organizaciones Internacionales que trabajan sobre la cuestión.

### III. MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES QUE SE OCUPAN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS

#### A) Organizaciones y Organismos internacionales de ámbito universal

##### a) Aspectos generales

Sin ánimo de agotar el estudio de la práctica, cabe señalar en líneas generales que son una serie de Organizaciones u organismos internacionales de carácter universal que pertenecen a la familia de las Naciones Unidas las que más han contribuido y siguen aportando al progreso de la situación jurídica y fáctica del fenómeno que nos ocupa. Es el caso de la ONUDC, de la Organización Marítima Internacional (OMI) y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)<sup>16</sup>. Si bien otras Organizaciones y Organismos del sistema de las Naciones

de 9 de diciembre de 1998. Asimismo, en el Preámbulo del Protocolo contra el tráfico ilícito se hace también un reconocimiento explícito en la misma dirección.

(15) A la vez, ha de tenerse en cuenta que un logro fundamental alcanzado por el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes en relación con el Derecho del mar, tal y como se encarga de enfatizar Rafael CASADO, ha sido dotar de contenido al derecho de visita previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982. Véase su completa contribución sobre el tráfico ilegal de personas y la delincuencia organizada transnacional, publicada en *Actes du III Colloque Ordinaire de l'AssIDMer: Sûreté maritime et violence en mer*, La Corogne, 14-16 mai 2009, BRUYLANT, 2010 (todavía en prensa en el momento de entregar el presente artículo).

(16) Resulta útil la lectura de los Informes periódicos suministrados por el Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la labor de la Organización, sus organismos especializados y otras instituciones en el ámbito de los asuntos oceánicos y el Derecho del mar. Pueden verse, en particular, los últimos Informes: A/64/66 (2009); (2008)A/63/63 (2008); A/63/63/Add.1 (2008); A/62/66 (2007); A/62/66/Add.2 (2007); A/62/66/Add.2 (2007); A/61/63/Add.2 (2006); A/61/63/Add.1 (2006); A/60/63 (2005); A/60/63/Add.2 (2005).

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales

II

Unidas también han llegado a interesarse por el tráfico ilícito de migrantes, lo han hecho fundamentalmente de forma indirecta o sólo en la medida en que se superponía en la práctica con la trata de personas; siendo en realidad la trata el objeto principal de su acción. Éste es el caso, sin ir más lejos, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual realiza asimismo una importante acción específica en el caso de los trabajadores migrantes y en el de las condiciones de trabajo de las personas en el mar, del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) o también del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Puede llamar la atención a su vez que una Organización de carácter universal como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), nacida en 1951 para consagrarse literalmente al «principio de que la migración en condiciones humanas y de forma ordenada beneficia a los migrantes y a la sociedad», no haya elevado la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes a uno de sus *leit motiv*, como sí ha hecho, en cambio, con la trata de personas desde 1994. No obstante, la OIM sí lleva a cabo actividades que resultan sumamente útiles en la materia aquí examinada, tanto desde el punto de vista fundamentalmente de índole teórica como práctica<sup>17</sup>.

### b) La ONUDC

Parece oportuno resaltar que la ONUDC es la guardiana de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus Protocolos complementarios. Este mandato de custodia tiene, con respecto al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, la finalidad concreta de promover la adhesión mundial y de ayudar a los Estados a llevarlo a la práctica de manera eficaz. En este sentido, la ONUDC se ha implicado en el intento de solución de uno de los problemas existentes, a saber, el hecho de que, como ya se ha visto, muchos Estados Parte no hayan adoptado todavía todas las medidas que son necesarias en el ámbito interno a fin de aplicar plenamente el Protocolo. Ello explica que en su seno se haya acometido la tarea de adoptar las Leyes Modelo relativas a la trata de personas y al tráfico ilícito de migrantes. A su vez, entre otros proyectos, la ONUDC ha elaborado un Programa en varias etapas para prevenir y combatir el tráfico ilícito

(17) Desde el primer punto de vista cabe destacar que la OIM lleva a cabo estudios específicos de interés, entre otros aspectos relevantes, sobre los itinerarios, tendencias y *modus operandi* de los grupos delictivos organizados tanto en los ámbitos nacionales, como, cada vez con más frecuencia con respecto al ámbito internacional, haciendo acopio y análisis de datos desde una perspectiva internacional regional, a fin de apoyar adecuadamente la cooperación interestatal (puede verse un reconocimiento explícito en este sentido en su Sitio Web: <http://www.iom.int/>). Debe destacarse además su trabajo sobre las políticas nacionales y de gestión de fronteras, en el que se presta una atención específica a ciertos problemas relevantes a nuestros efectos, como el estudio de las posibles estrategias con respecto a la criminalización del recurso a las redes de tráfico ilícito de migrantes; las alternativas de tratamiento de la posible responsabilidad de los transportistas internacionales; o las dificultades específicas de los países que no tienen fronteras terrestres, en cuyo caso se recomienda cambiar el énfasis del control fronterizo a los puntos de embarque, con una atención específica a las estrategias de interceptación. Asimismo, tienen importancia ciertas medidas que la OIM ha adoptado en el ámbito de la trata de personas, como el desarrollo y puesta en práctica a partir del año 2000 de un instrumento de gestión de datos denominado *Módulo de lucha contra la Trata de Personas*, el cual, entre otros logros, facilita la gestión de la asistencia directa a las víctimas y permite el trazado de los itinerarios principales en la comisión de delitos. Estas medidas, sin duda, pueden ofrecer información que a su vez resulta útil en relación con el tráfico ilícito de migrantes.

Junto a ello, ha de señalarse que la OIM tiene Misiones con funciones regionales que pueden llegar a ofrecer apoyo programático, técnico y práctico concreto con las mismas cuestiones. Es el caso, por ejemplo, de la Oficina Regional de Bangkok, la cual ofrece varios tipos de apoyo de cara a las iniciativas regionales existentes sobre la trata de personas y otros delitos transnacionales conexos, como el tráfico ilícito de migrantes. Las Misiones con funciones regionales que operan actualmente son, además de la de Bangkok, las que se ubican en: Bruselas, Budapest, Buenos Aires, El Cairo, Canberra, Dakar, Dhaka (Bangla Desh), Helsinki, Islamabad, Lima, Manila, Nairobi, Pretoria, Roma, San José y Washington.

de migrantes de África a Europa; centrándose precisamente alguno de sus estadios no sólo en asistir a los países de origen y tránsito a fin de adoptar legislación apropiada al efecto, sino también en reforzar la necesaria concienciación al respecto<sup>18</sup>. Además, la ONUDC asiste, asimismo, a los Estados para desarrollar un sistema de justicia penal capaz de hacer frente al fenómeno del tráfico ilícito de migrantes<sup>19</sup>.

### c) La OMI

Antes de la aprobación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, en el año 2000, el Comité de Seguridad Marítima de la OMI (MSC), a la vista de las prácticas relativas al tráfico y transporte de migrantes por mar, ya había establecido en 1998 un Grupo de Trabajo por correspondencia para preparar unas *Medidas para combatir las prácticas relacionadas con el tráfico o el transporte de migrantes por mar*<sup>20</sup>. Precisamente para prevenir y evitar tales prácticas, el

(18) En el Informe *Organized Crime and Irregular Migration from America to Europe*, publicado en julio de 2006 (disponible en [http://www.ONUDC.org/pdf/research/Migration\\_Africa.pdf](http://www.ONUDC.org/pdf/research/Migration_Africa.pdf)), la ONUDC analiza especialmente las vías principales a través de las cuales los migrantes irregulares llegan a Europa (paso a través de Libia y Túnez; entrada a través de los enclaves de Ceuta y Melilla; paso desde Marruecos a la España peninsular o a las Islas Canarias; y el paso desde el área de África Occidental hacia las Islas Canarias) y estudia el papel del crimen organizado en conexión con la realidad de la migración irregular. En este estudio se concluye, entre otras que, «given that migrant smuggling is not a crime in most countries, awareness of the scope and consequences of the problem is low among security officials. (...) Attention is needed to help under-resourced police services engage with this issue (...). So long as the crime of migrant smuggling remains morally ambiguous for the African themselves, it will be difficult for law enforcement to control the problem. There is a need for consciousness-raising in Africa about the costs and consequences of entrusting life and money to organized crime» (p. 24).

Una muestra de la asistencia llevada a cabo por la ONUDC se refleja en el denominado *Impact Programme*, el cual se centra en los países norteafricanos y de África occidental en la aplicación del Protocolo y en el fortalecimiento de sus sistemas de justicia penal; a través, en concreto, de las siguientes medidas: «establishing adequate legislative frameworks; building the capacities of law enforcement, prosecution and the judiciary; strengthening international and regional cooperation; and fostering prevention through raising awareness among relevant authorities and the general public». Este Programa, que cuenta con la ayuda financiera de la Unión Europea, consta de los seis componentes siguientes: *Data collection and analysis* («to enhance evidence-based knowledge in order to build a solid basis for policy development and operational measures»); *legislative development* («to build legal frameworks for prevention, investigation, prosecution and conviction in compliance with the Migrants Protocol»); *Policy Development and Institutional Capacity Building* («to establish specialized and coherent frameworks for coordinated action in order to improve criminal justice responses to smuggling of migrants»); *Human Capacity Building and Training* («to improve skills of law enforcement, prosecution and the judiciary, to effectively prevent and investigate migrant smuggling, prosecute and convict its perpetrators, and protect and process irregular migrants»); *Promotion of regional and international cooperation and information sharing* («to improve operational capacity in investigating and prosecuting smuggling of migrants, with the objective of dismantling networks that organize migrant smuggling»); and *Awareness Raising* («to sensitize the public at large to the criminality of migrant smuggling, its risks and adverse effects on migrants, states and societies, and to promote commitment and mobilize action to prevent it»). Véase <http://www.ONUDC.org/ONUDC/en/human-trafficking/impact-programme.html>.

(19) Entre las iniciativas de menor envergadura, que se sitúan en la línea de fomentar la cooperación entre autoridades competentes, cabe destacar la existencia de un «*Directory on line*» de todas las autoridades competentes designadas en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas (1988), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y de los Protocolos de esta última.

Por último, cabe destacar que la Unidad de Crimen Organizado y Justicia Penal de la ONUDC realiza una labor especial, promoviendo un gran número de actividades concebidas para fortalecer la capacidad de los países y fomentar la cooperación internacional, entre ellas la celebración periódica de seminarios regionales para autoridades competentes en todo el mundo.

(20) Sesión núm. 69.

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales

## II

Comité había invitado a los Gobiernos de los Estados miembros a transmitir prontamente a la Organización informes sobre incidentes relevantes y sobre las medidas tomadas, para permitir la actualización y la revisión de las propias Circulares de la OMI.

Uno de los graves problemas con que se topan las Organizaciones internacionales, así como cualquier otro intento de cooperación interestatal, es que no se dispone de estadísticas fidedignas sobre los incidentes relacionados con las personas que cruzan o intentan cruzar las fronteras internacionales ilegalmente<sup>21</sup>. Los datos sobre el número total de personas que cada año utilizan clandestinamente las vías marítimas son sólo aproximados. Sin embargo, disponer de una información plenamente fiable sería muy útil, entre otros fines, a efectos de prevenir nuevos incidentes y de lograr una cooperación más efectiva. Lo cierto es que el Comité de Seguridad Marítima de la OMI estableció, ya en el año 2000, un procedimiento de información semestral de incidentes, dando al mismo tiempo instrucciones a la Secretaría para adoptar Informes semestrales<sup>22</sup>, y exhortó a los Gobiernos y a las Organizaciones Internacionales a comunicar prontamente todas las prácticas asociadas al tráfico o transporte de migrantes por mar de que tuvieran conocimiento. Los Informes deben incluir, entre otros datos, los relativos al buque, a los detalles del viaje, el tiempo o la posición; una descripción del incidente, así como de las medidas adoptadas en relación con él; e información concerniente a los migrantes transportados, esto es, su número, nacionalidad, sexo y si hay menores entre ellos. Desde entonces, se emite a su vez una Circular semestral dando detalles de todos los incidentes que han sido objeto de comunicación<sup>23</sup>.

La verdad es que pese a que la OMI ha tomado cartas en el asunto, los resultados no son muy exitosos, debido fundamentalmente a la propia falta de colaboración de los Estados; algo de lamentar. En efecto, el principal problema deriva de que el número de Estados informantes es muy pequeño. En este sentido, puede comprobarse que de los 168 Estados Partes, en el caso de algún período sólo dos o tres Estados llegaron a informar sobre incidentes acaecidos a la Organización. Sin ir más lejos, así fue, por ejemplo, en relación con el primer y segundo semestre de 2008; con respecto al primero, sólo Italia y Turquía emitieron Informes<sup>24</sup>, y con respecto al segundo, sólo Italia, Turquía y Grecia<sup>25</sup>.

(21) El Director ejecutivo de la UNODC ponía de relieve en el Informe de 2009 cómo falta una visión global de la cuestión, precisamente debido en gran medida a la ausencia de datos, y la diferencia en este sentido con respecto al tráfico de estupefacientes. Véase COSTAS, A.M.: «Una crisis de conocimientos sobre un delito que es una vergüenza para todos nosotros», *Informe mundial sobre la trata de personas*, UNODC, 2009. También Anna BADÍA señala a este respecto que «el primer problema al que se enfrenta la lucha contra la trata de personas es la dificultad en la obtención de datos fiables. La incertidumbre se refiere tanto a la actividad en sí, las personas implicadas, sean actores como las víctimas, así como las ganancias económicas que se derivan. No se dispone de estadísticas fiables, la propia actividad se basa en el secretismo y tanto los autores como las víctimas callan»; BADÍA MARTÍ, A.: «La trata de niños en el ámbito jurídico internacional», *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las Relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, 2010, pp. 115-128; p. 117.

(22) MSC.3/Circ.series.

(23) El Comité, en 2001, a la vista de los Informes recibidos, de las propuestas hechas por los Gobiernos y de otros datos, como la adopción del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes en el año 2000, aprobó enmiendas al Anexo de la Circular MSC/Circ.896.

(24) Véase MSC.3/Circ.15, 24 July 2008.

(25) Italia realizó 19 Informes, Turquía, 36, y Grecia realizó un único informe general; *cfr.* en MSC.3/Circ. 16, 3 February 2009, pars. 1-4.

Debe destacarse, en cualquier caso, otra importante medida adoptada por la OMI en relación con el ámbito que nos ocupa, en concreto, la aprobación de las enmiendas a las Convenciones SOLAS (*Convenio internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar*, 1974) y SAR (*Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos*, 1979) para aclarar el contenido de las obligaciones de rescate, y en particular para asegurar que haya un lugar seguro para desembarcar a los rescatados. Estas enmiendas fueron aprobadas en respuesta a la Resolución A.920 de la IMO sobre la *Revisión de las medidas de seguridad y procedimientos para el tratamiento de personas rescatadas en el mar*, que se adoptaron en mayo de 2004, y entraron en vigor el 1 de julio de 2006. El Comité de Seguridad Marítima también adoptó las *Directrices sobre el tratamiento de personas rescatadas en el mar*, con el objetivo fundamental de proporcionar una guía de actuación a los Gobiernos y a los capitanes de buques con respecto a las deberes humanitarios y a las obligaciones de conformidad con el Derecho internacional en relación con el tratamiento de las personas rescatadas en el mar<sup>26</sup>.

Por último, cabe destacar que el Comité de Facilitación (FAL) de la OMI aprobó a su vez una nueva Circular en enero 2009 sobre *Principios relativos a los procedimientos administrativos para el desembarco de personas rescatadas en el mar*<sup>27</sup>. A través de este instrumento Circular, se identifican cinco principios esenciales que los Gobiernos deberían incorporar a sus procedimientos internos para el desembarco de personas rescatadas en el mar a fin de armonizar los mecanismos existentes y de asegurar que éstos sean «*efficient and predictable*»<sup>28</sup>.

(26) En general, sobre las distintas obligaciones que pesan sobre los Estados [de búsqueda, interceptación, rescate y auxilio de personas en situación de peligro; de traslado a un lugar seguro; de creación y funcionamiento de los Centros Coordinadores de Salvamento (RCC); y en materia de desembarco y repatriaciones], véase OLIVA MARTÍNEZ, D.: «Derecho del Mar e Inmigración irregular», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (REDMEX), núm. 18, 2008.

(27) FAL 3/Circ.194, 22 January 2009 (35th session).

(28) Los cinco principios aludidos son los que se transcriben a continuación:

- «1. The coastal Status should ensure that the search and rescue (SAR) service or other competent national authority coordinates its efforts with all other entities responsible for matters relating to the disembarkation of persons rescued at sea»;
2. It should also be ensured that any operations and procedures such as screening and status assessment of rescued persons that go beyond rendering assistance to persons in distress are to be carried out after disembarkation to a place of safety. The master should normally only be asked to aid such processes by obtaining information about the name, age, gender, apparent health and medical condition and any special medical needs of any person rescued. If a person rescued expresses a wish to apply asylum, great consideration must be given to the security of the asylum seeker. When communicating this information, it should therefore not be shared with his or her country of origin or any other country in which he or she may face threat;
3. All parties involved [for example, the Government responsible for the SAR area where the persons are rescued, other coastal States in the planned route of the rescuing ship, the flag State, the shipowners and their representatives, Status of nationality of residence of the persons rescued, the State from which the persons rescued departed, if known, and the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)] should cooperate in order to ensure the disembarkation of the persons rescued is carried out swiftly, taking into account the master's preferred arrangements for disembarkation and the immediate basic needs of the rescued persons. The Government responsible for the SAR area where the persons were rescued should exercise primary responsibility for ensuring such cooperation occurs. If disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued in accordance with immigration laws and regulations of each Member State into a place of safety under its control in which the persons rescued can have timely access to post rescue support;
4. All parties involved should cooperate with the Government of the area where the persons rescued have been disembarked to facilitate the return or repatriation of the persons rescued. Rescued asylum seekers should be referred to the responsible asylum authority for an examination of their asylum request; and

#### d) El ACNUR

Por lo que se refiere al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, habría que comenzar precisando que si bien su mandato, que por cierto ha evolucionado sensiblemente desde su establecimiento en 1950, se centra en la protección de los refugiados y en ciertos casos también de los desplazados internos, y que un migrante no es efectivamente un refugiado<sup>29</sup>, ha de tenerse en cuenta que la intervención del ACNUR en este ámbito se justifica en términos generales, entre otras razones, aparte de por el carácter estrictamente apolítico y humanitario de su actuación, por su comprensible inquietud acerca de que el tráfico ilegal de migrantes organizado a gran escala puede contribuir no sólo al abuso de los procedimientos nacionales de inmigración, sino también de asilo, generando un peligro potencial de erosión de la integridad del régimen jurídico del asilo<sup>30</sup>. En este sentido, debe entenderse el papel crucial que el ACNUR tiene, en cuanto garante de la Convención de 1951, en asegurar la conciliación de las medidas que se adopten para combatir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes con las obligaciones contraídas por los Estados en la rama del Derecho internacional del asilo y de las personas desplazadas<sup>31</sup>. En cualquier caso, resulta obvio que la práctica ofrece a menudo muestras de incidentes en los que en un mismo grupo de personas que necesitan ser rescatadas coinciden, además de migrantes que no satisfacen los requisitos para ser refugiados, otras que sí los cumplen. A su vez, debe tenerse en cuenta que en la definición normativa de «tráfico ilícito de migrantes» no se excluye a las personas que puedan ser refugiados. Todo ello justifica, de manera sobrada, la intervención del ACNUR en la materia.

Lo cierto es que este organismo humanitario se ha referido a aspectos directa o indirectamente relacionados con el tráfico ilícito de migrantes por mar en múltiples Conclusiones Generales adoptadas por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR (ExCom)<sup>32</sup>. Pero fundamentalmente deben entresacarse una serie de Conclusiones específicas adoptadas por el mismo órgano, cuyo contenido gira en torno a las cuatro cuestiones siguientes: 1) la protección de las personas en busca de asilo en el mar; 2) los problemas relativos al rescate y salvamento de las personas

5. International protection principles as set out in international instruments should be followed».

(29) Por muy desesperada que sea la situación económica de una persona, y aunque ésta le fuerce a abandonar su país y buscar mejor suerte en otro, tal circunstancia no le habilitará nunca en sí misma para acceder a la condición de refugiado, a no ser que concurra cualquiera otra de las condiciones que para ello exige la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, a saber, que tenga un temor fundado de persecución por motivos de raza, de religión, de nacionalidad, de opinión política o por su pertenencia a un determinado grupo social.

(30) En esta dirección se expresaba el ACNUR en el *Resumen de la Posición del ACNUR sobre el Protocolo contra el Tráfico de Emigrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo para la Prevención, Supresión y Penalización del Tráfico de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, complementario del Convenio de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada* (Traducción realizada por la Oficina del ACNUR en Madrid), diciembre 2000, párr. 2.

(31) De hecho, precisamente por ello procede señalar que el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes incorpora una cláusula de salvaguardia en este sentido, haciendo explícito que lo dispuesto en el Protocolo no afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al Derecho internacional, incluidos el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos, en particular, «la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos» (Article 19.1).

(32) En particular, pueden verse las Conclusiones siguientes: Números 2 (1976); 14 y 15 (ambas de 1979); 21 (1981); 25 (1982); 29 (1983); 36 (1985); 41 (1986); 46 (1987); o 47 (1987).

en el mar; 3) las salvaguardias de protección de las medidas de interceptación; y 4) los pasajeros clandestinos o polizones.

Con respecto a la *protección de las personas en busca de asilo en el mar*<sup>33</sup>, es de resaltar, sobre todo, la preocupación mostrada por los lugares de reasentamiento; por el énfasis puesto, desde principios de los años ochenta, en la necesidad de contar con una mayor acción gubernamental, incluido el aumento de patrulleras marítimas y aéreas, así como el despliegue de un mayor esfuerzo para localizar las bases terrestres desde las cuales se emprenden los ataques contra solicitantes de asilo en el mar; y la necesidad de establecer procedimientos que incluyan el intercambio sistemático de información<sup>34</sup>.

Por lo que se refiere a las Conclusiones referidas a los *problemas relativos al rescate*<sup>35</sup>, debe señalarse que en ellas se observa con inquietud cómo en ciertos años ha tenido lugar una reducción considerable del número de personas en busca de asilo en situación difícil en el mar que eran rescatadas; se recuerdan las obligaciones fundamentales de conformidad con el Derecho internacional (contempladas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en los Convenios SOLAS y SAR); a su vez, se subraya que la solución de los problemas relacionados con el salvamento de personas en busca de asilo en el mar, no sólo debe buscarse en el contexto de las normas jurídicas, sino también mediante disposiciones prácticas tendentes a eliminar en la medida de lo posible las dificultades con que se hubiese tropezado<sup>36</sup>; se pide a los Estados que pidan a los armadores que informen a todos los capitanes de buques sobre su obligación de respetar a todas las personas, en concreto en zonas en las que los solicitantes de refugio sufren actos de violencia en el mar, como piratería, violaciones sexuales, etc.

En lo que atañe a las *salvaguardas de protección en relación con las medidas de interceptación*, el ExCom alienta a los Estados, en su Conclusión núm. 97, adoptada en 2003, a generar y compartir información más detallada sobre la interceptación, «incluso el número, la nacionalidad, el género y el número de menores interceptados», así como información sobre la práctica del Estado, tomando debidamente en consideración la seguridad y la protección de los datos de conformidad con la legislación nacional y las obligaciones internacionales de esos Estados; y a seguir estudiando las medidas de interceptación, incluida su repercusión para otros Estados, con miras a velar por que no interfieran con las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho internacional. A la vez, recomienda que las medidas de interceptación se rijan por una serie de consideraciones a fin de velar por que se dé un tratamiento adecuado a los solicitantes de asilo y los refugiados que se encuentren entre las personas interceptadas<sup>37</sup>.

(33) Cabe reseñar la existencia, entre otras, de las Conclusiones núms. 20 (1980); 23 (1981); 26 (1982); 31 (1983) y 34 (1984).

(34) Conclusión núm. 20 (1980).

(35) Son de citar las Conclusiones núms. 2 (1976); 14 (1979); 15 (1979); 20 (1980); 21 (1981); 23 (1981); 25 (1982); 26 (1982); 29 (1983); 31 (1983); 34 (1984); 36 (1985); 41 (1986); 46 (1987) y 47 (1987).

(36) *Cf.* Conclusión núm. 26, de 1982.

(37) Entre tales medidas, cabe destacar las siguientes: «i) El Estado en cuyo territorio soberano o en cuyas aguas territoriales se produce la interceptación es el principal responsable de atender las necesidades de protección de las personas interceptadas; ii) Las personas interceptadas deben ser tratadas, en todo momento, de manera humana y respetuosa de sus derechos humanos. Las autoridades y los agentes estatales que actúen en nombre del Estado interceptor deben adoptar, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, todas las disposiciones apropiadas al aplicar las medidas de interceptación para preservar y proteger el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las personas interceptadas; iii) Las medidas de interceptación

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales

### II

En relación con la cuestión de los *pasajeros clandestinos*, el ExCom partía asumiendo, en su Conclusión núm. 53 (1988), que no existían normas generales reconocidas internacionalmente que se refirieran específicamente a los pasajeros clandestinos solicitantes de asilo, y reconociendo que debería concederse la atención especial que exige su situación. Para ello, se aportaban las siguientes directrices de actuación: 1) al igual que otras personas solicitantes de asilo, deben recibir protección contra el regreso forzoso a su país de origen; 2) sin perjuicio de cualquier responsabilidad del Estado de abanderamiento, en la medida de lo posible se debe permitir que desembarquen en el primer puerto de escala y se les debe dar la oportunidad de que las autoridades determinen su condición de refugiado, a condición de que ello no entrañe una solución duradera en el país del puerto de desembarco; 3) normalmente se solicitará al ACNUR que ayude a encontrar una solución duradera.

## B) Organizaciones y Organismos internacionales de ámbito regional o subregional

### a) Aspectos generales

Dejando al margen a la Unión Europea, cuya acción merece ser objeto de un tratamiento independiente<sup>38</sup>, ha de indicarse que son varias las Organizaciones internacionales regionales que han incluido entre sus objetivos prioritarios la lucha contra la trata de personas, pero no contra el tráfico ilícito de migrantes. Es el caso del *Consejo de Europa* y de la *OEA*, cada una de las cuales cuenta con un tratado específico adoptado en su seno<sup>39</sup>. A su vez, por lo que concierne a la *OSCE*, ha de reseñarse que uno de los pilares de su *Dimensión Humana* es precisamente la lucha con-

deben tener en cuenta la diferencia fundamental, con arreglo al derecho internacional, entre los que solicitan y necesitan protección internacional, y los que pueden recurrir a la protección del país de su nacionalidad o de otro país; iv) Las medidas de intercepción no deben dar como resultado que se niegue a los solicitantes de asilo y los refugiados el acceso a la protección internacional, o que los que necesiten protección internacional sean devueltos, directa o indirectamente, a las fronteras de territorios donde su vida o libertad se vería amenazada por motivos previstos en la Convención, o cuando la persona pueda invocar otros motivos de protección sobre la base del derecho internacional. Las personas interceptadas que se considere que necesitan protección internacional deben tener acceso a soluciones duraderas; v) Deben considerarse con carácter prioritario las necesidades especiales de las mujeres y los niños y de otras personas vulnerables; vi) Los solicitantes de asilo y refugiados interceptados no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo; las personas interceptadas tampoco deben ser sancionadas por su entrada o presencia ilegal en un Estado en los casos en que se reúnan las condiciones del artículo 31 de la Convención de 1951; vii) Las personas interceptadas que no buscan protección internacional o que se considere que no necesitan esa protección deben ser devueltas rápidamente a sus respectivos países de origen u otro país de nacionalidad o residencia habitual y se debe alentar a los Estados a cooperar para facilitar ese proceso; viii) Todas las personas, incluidos los funcionarios públicos y los empleados de entidades comerciales que apliquen medidas de intercepción, deben recibir formación especializada, entre otras cosas deben conocer los medios que existen para orientar a las personas interceptadas que expresen la necesidad de recibir protección internacional a las autoridades apropiadas del Estado en que haya tenido lugar la intercepción o, según proceda, al ACNUR».

(38) Véase la contribución correspondiente a la acción adoptada en el seno de la UE en relación con el tráfico ilegal de personas en el marco de la delincuencia organizada transnacional, en la obra editada por BRUYLANT, que ha sido citada en la nota número 15, *supra*.

(39) El Convenio núm. 197 contra la Trata de Seres Humanos, cuyo mecanismo de seguimiento se acaba de poner precisamente en marcha, y la Convención Interamericana sobre el tráfico ilícito de menores, de 2005 y 1994, respectivamente. También ha de darse cuenta, en el ámbito del Consejo de Europa, de la adopción del Convenio núm. 156, sobre el tráfico ilegal por mar, a efectos de implementar el art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas.

tra la trata de personas, disponiendo de un Plan de Acción desde 2003 y de un Representante Especial sobre la cuestión. Además, si bien en 2005 la OSCE adoptó una Decisión sobre la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, a través de la cual los Estados participantes asumían el compromiso de prevenir y combatir este tipo de delincuencia<sup>40</sup>, su acción en el ámbito relativo al tráfico es, al menos todavía, comparativamente muy inferior que la referida a la trata.

Parece que es en el ámbito de las Organizaciones internacionales de carácter subregional donde los Estados han podido alcanzar mayores cotas de cooperación efectiva, al menos donde más medidas operativas se han alcanzado, en parte sin duda porque en su seno se encuentran Estados geográficamente cercanos que sufren prácticamente de forma simultánea el embate de los hechos de referencia o que se encuentran inmersos en rutas del tráfico ilícito. Cabe destacar ciertas muestras de ello.

### b) Algunos ejemplos

El *Consejo de Estados del Mar Báltico* (CBSS), establecido en 1992, a través de la Declaración de Copenhague, con sede en Estocolmo, y que cuenta con la participación de los Estados del área es un foro que se puede poner como un caso ilustrativo a estos efectos<sup>41</sup>. En el ámbito de su objetivo de *seguridad civil y dimensión humana*, dejando ahora aparte la existencia de una *Task Force* específica contra la trata de personas, centrada en las personas adultas, cabe hacer referencia a la iniciativa representada por la *Baltic Sea Region Border Control Cooperation* (BSRBCC) y a la *Task Force sobre crimen organizado en la Región del Mar Báltico* (TF-OC). En lo que concierne a la primera, es de indicar que fue establecida en la 5.<sup>a</sup> Reunión ministerial, mantenida en 1996. Entre los temas más importantes de su agenda, que se centra en las cuestiones de seguridad, se encuentran el desarrollo de formas prácticas de cooperación; la simplificación de rutinas de cooperación; la cooperación con FRONTEX, INTERPOL y Europol; ejercicios y operaciones en el mar; intercambio de información relativa a los controles de seguridad en los puertos y áreas marítimas; y el intercambio de experiencias. A su vez, en lo referente a la *Task Force* sobre crimen organizado, establecida también en 1996, cabe citar que su objetivo es fortalecer las capacidades de los Estados miembros para prevenir y combatir el crimen organizado, facilitando la cooperación estrecha entre las *law enforcement agencies* de los Estados participantes.

A su vez, en el marco de la *Unión Africana*, se ha procedido a la aprobación del *Marco para la Política de Migración en África*, por el Consejo Ejecutivo de la UA, en su 9.<sup>o</sup> Período de Sesiones, en Banjul Gambia (2006), previéndose el establecimiento de patrullas conjuntas entre Estados vecinos<sup>42</sup>.

En el marco del Sistema de Seguridad Regional (SSR) de la *Organización de Estados del Caribe Oriental*, creada en 1981, y que agrupa a seis miembros plenos<sup>43</sup> y dos asociados<sup>44</sup>, se adoptó

(40) Decisión 3/05.

(41) Su Sitio Web es <http://www.cbss.st/>. Sus Estados miembros son Islandia, Noruega, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Alemania, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia y Rusia.

(42) Información disponible en su Sitio Web: <http://www.africa-union.org/>.

(43) Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Montserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves y San Vicente y Granadinas.

(44) Anguila y las Islas Vírgenes Británicas.

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales

### II

un acuerdo internacional sobre Defensa y Seguridad en la región, que contempla, entre otros aspectos, la cooperación en relación con el control de la inmigración<sup>45</sup>. En concreto, se prevé la puesta en marcha de un sistema de gestión regional en materia de control fronterizo, a la vez que intercambio de información e inteligencia, así como operaciones marítimas.

#### IV. LOS PROCESOS CONSULTIVOS REGIONALES

Los Procesos Consultivos Regionales (PCR) no son, obviamente, Organizaciones internacionales. Sin embargo, están cumpliendo funciones a los efectos que aquí nos ocupan en gran medida equivalentes. Los PCR están constituidos por grupos informales, integrados por representantes de Estados o autoridades competentes estatales de una determinada región o de países que tienen intereses análogos o comunes en el ámbito migratorio, así como por Organizaciones internacionales. En algunos, se prevé también la participación de ONG que trabajan en el sector. En estos momentos, existe un buen número de ellos en funcionamiento, en todos los continentes. Cabe mencionar, entre otros, los siguientes: la *Conferencia Regional sobre Migración* (CMR; también denominado *Proceso de Puebla*), la *Conferencia Sudamericana sobre Migraciones* (CSM; también denominada *Proceso de Lima* o *Foro Sudamericano sobre Migraciones*), *Consultas Intergubernamentales sobre Asilo y Políticas Migratorias en Europa, Norteamérica y Australia* (IGC), *Diálogo 5+5 sobre Migración en el Mediterráneo Oriental*; *Diálogo sobre Migraciones en África Meridional* (MIDSA), la *Iniciativa de Berna*, el *Proceso de Budapest*, el *Proceso de Manila*, el *Proceso de Bali*, *Simposio de Bangkok sobre Migraciones Irregulares* o las *Consultas Intergubernamentales Asia-Pacífico (APC) sobre refugiados, personas desplazadas y migrantes*.

Si bien estos procesos se caracterizan por tener un carácter informal y no vinculante, precisamente por ello dan lugar a ciertas ventajas de actuación, a saber, propician una mayor ligereza, flexibilidad o transparencia en el tratamiento de los temas de que se ocupan, al menos mucho más que en el caso de los marcos institucionales convencionales o de los procesos diplomáticos formales. Y si bien es cierto que en este marco existen enormes límites a la hora de plantearse cualquier medida de corte práctico, también es cierto que la ausencia de posibles compromisos jurídicos deja mayor libertad para avanzar sin muchas de las cortapisas que siempre están presentes en los ámbitos arriba mencionados. La propia Organización Internacional para las Migraciones ofrece un *link* en un lugar protagonista de su Sitio Web en relación con los PCR, reconociendo que participa en varios de ellos, y que ofrecen un excelente marco para efectuar un intercambio de opiniones, buenas prácticas e información. Cabe entresacar aquí que, por ejemplo, a través de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) o *Proceso de Puebla*, que nació en 1996 como proceso consultivo regional sobre migración internacional<sup>46</sup>, se ha llegado

(45) Puede verse en <http://www.oecs.org/>.

(46) Este foro intergubernamental tiene actualmente los siguientes miembros: Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana. Además, cuenta con países y organismos internacionales *observadores*. Entre los primeros, se encuentran Argentina, Colombia, Ecuador, Jamaica y Perú; y entre los segundos, la Organización Internacional para las Migraciones, el ACNUR, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la División de Población de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana para los Derechos Humanos (CIDH), el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes y la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB). La representación tiene lugar «a nivel de Viceministro», como puede verse en su Sitio Web (<http://www.crmv.org/>), donde puede accederse, junto a otros muchos datos, a los criterios para que nuevos países puedan ser considerados como observadores, a saber, estar geográficamente situado en el continente americano; manifestar por escrito la adhesión a los compromisos del Comunicado Conjunto de

a elaborar una base de datos para que sus miembros puedan seguir con precisión la trayectoria de los flujos migratorios, llamada *Sistema de Información Estadística sobre Migración para Centroamérica y México* (SIEMCA / SIEMMENS)<sup>47</sup>.

Lo cierto es que además de las innegables ventajas que el intercambio de información y de buenas prácticas suelen implicar, y su consiguiente contribución al fortalecimiento de la capacidad de los intervinientes, deben destacarse otras aportaciones positivas de los PCR, como la importancia que tiene desarrollar un entendimiento común acerca de los mismos problemas e incluso a unas pautas comunes de actuación o incluso el hecho de facilitar que las *Law Enforcement Agencies* puedan tener una capacidad de reacción más rápida ante incidentes concretos. Además, desde la óptica concreta de la técnica jurídica merece la pena destacar, a mi juicio, otros dos datos que apunto a continuación. En primer lugar, el hecho de que los participantes a veces llegan a suscribir Memorandos de Entendimiento, que si bien no dan lugar a obligaciones jurídicas, sino sólo a compromisos políticos, no es infrecuente que los objetivos y las implicaciones prácticas que pueden conseguirse a través de ellos no difieran apenas de los derivados de un tratado<sup>48</sup>, y que incluso tengan otras ventajas<sup>49</sup>. Y, en segundo lugar, que a veces la concertación de un Memorando de Entendimiento entre las autoridades gubernamentales constituye la base o el anticipo de la futura celebración de un tratado entre los Estados. No obstante, tampoco debe olvidarse que la posible concertación de Memorandos de Entendimiento también cuenta con importantes límites<sup>50</sup>.

Si hubiera que destacar uno de estos Procesos Consultivos Regionales, tal vez merecería la pena citar el *Proceso de Bali sobre Tráfico ilícito, la Trata de seres humanos y los Crímenes transnacio-*

Puebla; tener una circulación de migrantes significativa, por lo menos con uno de los Estados miembros; aceptar el tratamiento del fenómeno migratorio en un contexto multilateral dentro de la CMR; y aceptar el compromiso de un movimiento ordenado de personas y el respeto a los derechos humanos de los migrantes; tener políticas, leyes y prácticas dirigidas a la atención de la migración internacional.

(47) Para los logros conseguidos en el marco de este Proceso, puede consultarse, *in extenso*, CUBÍAS, E. y MONZÓN, L.: «La Conferencia Regional sobre Migración o Proceso Puebla como Proceso Consultivo Regional», *Expert Group Meeting on International Migration and Development in Latin America and the Caribbean*, United Nations Secretariat; Doc. UN/POP/EGM-MIG/2005/O3, 17 de noviembre de 2005 (también localizable en <http://huwu.orgb>).

(48) A título de ejemplo, puede verse el Memorando de Entendimiento firmado entre los Gobiernos de España y de Mauritania, a finales de 2007, sobre *Coordinación y Colaboración Operativas en el marco de la lucha contra la Migración clandestina por vía marítima y para el salvamento de vidas humanas en el mar*, objeto del Informe núm. 13.601 de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación español.

(49) Además, como se destaca en el marco de la iniciativa UN.GIFT que se reseña más abajo, los beneficios de los Memorandos de Entendimiento en sí mismos ya son muchos. Así, cabe destacar los siguientes: el hecho de que se reconozcan mutuamente *derechos* y responsabilidades; que se prevean *responsabilidades* claramente definidas; que se eviten posibles malentendidos; que exista un apoyo en el proceso de construcción de confianza; que se proporcione transparencia; que exista un marco objetivo de referencia, que, además ayuda a medir el progreso; que se refuerce la *accountability*; la posibilidad de evaluar los resultados de la cooperación llevada a cabo; el hecho de que los participantes en los Memorandos sean las autoridades directamente implicadas (esto es, autoridades de inmigración, aduaneras, los Ministerios afectados, Embajadas, Consulados, policía, servicios jurídicos, etc.); *cfr. Guiding Principles on Memoranda of Understanding between Key Stakeholders and Law Enforcement Agencies on Counter-Trafficking Cooperation*, Expert Group Initiative on Stakeholder Cooperation with Law Enforcement implemented by IOM Viena, March 2009.

(50) Sin ir más lejos, de conformidad con el ordenamiento español estarían vedados como posibles contenidos los incluidos en el artículo 94.1 de la Constitución, puesto que son materias sobre las que hay una suerte de *reserva de tratado*, que exige además una tramitación reforzada, al requerirse la autorización parlamentaria con carácter previo a la manifestación del consentimiento por parte del Estado.

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales

### II

nales conexos, centrado en la cooperación en la región Asia-Pacífico, que comenzó a partir de las reuniones de los Ministros de Asuntos Exteriores de Australia e Indonesia a fin de desarrollar medidas prácticas a escala regional contra el tráfico y contrabando de personas. El proceso se ha transformado desde entonces, acogiendo la participación actual de una larga serie de Estados y de Organizaciones internacionales, entre las que se encuentran la ONUDC, OIT, Banco Mundial, INTERPOL, etc.<sup>51</sup> Al mismo tiempo, se ha evolucionado desde la mera enunciación de principios a la adopción de medidas de índole más práctica. Este proceso presenta una importancia añadida porque en esta región se concentra precisamente el mayor número de víctimas de trabajo forzado en el mundo<sup>52</sup>.

### V. LA COOPERACIÓN ENTRE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y OTRAS ENTIDADES

La práctica parece mostrar una inclinación hacia la cooperación no sólo interestatal, tanto en marcos institucionales como no institucionales, sino también entre Organizaciones u organismos internacionales que se ocupan del fenómeno del tráfico ilícito de migrantes y de la trata de personas. Tendencia que, afortunadamente, parece ir en aumento, o al menos los ejemplos comienzan a multiplicarse, y son además de variado signo. Entre los posibles botones de muestra de una práctica heterogénea, cabe hacer mención específica a los que se apuntan a continuación: la *Iniciativa Inter-Agencias sobre el tratamiento de las personas rescatadas en el mar*<sup>53</sup>; el Acuerdo de cooperación entre INTERPOL y la Organización Marítima Internacional de 2006, centrado, además de en el tráfico ilícito de migrantes por mar, en el terrorismo, piratería y tráfico de drogas<sup>54</sup>; la cooperación entre la ONUDC y la Comisión Europea en la promoción de la implementación tanto del Protocolo contra la trata de personas como del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes<sup>55</sup>; la edición conjunta de una guía de referencia sobre los *principios y prácticas aplicables al rescate en el mar de migrantes y refugiados*<sup>56</sup>; la participación de las

Sin perjuicio de todo lo dicho, también se puede señalar que si se tiene acceso a la práctica se puede comprobar que a menudo algunos de los límites existentes se *saltan* o se sortean a través del aumento de la ambigüedad en el contenido de los Memorandos de Entendimiento.

(51) Localizable en <http://www.baliprocess.net>.

(52) En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, actualmente, este Proceso le otorga más importancia a la prevención del tráfico y a la protección de las víctimas que a la interceptación del tráfico ilícito.

(53) Información localizable en el Sitio Web de la OMI.

(54) Contiene un marco jurídico para el intercambio de información, cooperación técnica e iniciativas conjuntas. El Acuerdo fue firmado el 6 de enero de 2006 por los Secretarios Generales de ambas Organizaciones; MEPC 55/14, IMO, 24 July 2006.

(55) Proyecto financiado principalmente por la UE, e iniciado en mayo de 2009, con una duración de tres años, y con tres objetivos fundamentales: «to advocate for global adherence to the Smuggling and Trafficking Protocols and to support UN Member States in their ratification and/or accession efforts by assisting them in bringing their legal frameworks in compliance with the requirements of these instruments»; and «to assist governments in strengthening their capacities, in particular of their criminal justice systems, to effectively prevent, investigate, prosecute and adjudicate cases of trafficking in persons and smuggling of migrants including through cooperation with third countries, while protecting the rights of smuggled migrants as well as assisting and protecting victims of human trafficking»; información disponible en el Sitio Web de la ONUDC.

(56) Dirigido fundamentalmente no a los Estados en sí, sino a los capitanes, propietarios de buques, autoridades gubernamentales, compañías aseguradoras y otras partes interesadas que participan en situaciones de salvamento en el mar; disponible en los Sitios Web de ambas Organizaciones, en varios idiomas.

Organizaciones internacionales interesadas, como OIT y la Organización Internacional para las Migraciones, entre otras, en múltiples Procesos Consultivos Regionales; o la iniciativa UN.GIFT, lanzada en 2007 por ONUDC, para ser gestionada en cooperación con la OIT, OIM, UNICEF, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la OSCE; y que trabaja a su vez con Gobiernos, el sector privado, la Academia, la sociedad civil y los medios de comunicación<sup>57</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

1. El tráfico ilícito de migrantes por mar es uno de los fenómenos delictivos que muestra de modo acuciante, como todos aquellos que se inscriben en el marco de la delincuencia organizada transnacional, que sin cooperación interestatal no puede hacerse nada. Para alcanzar logros, para llevar a cabo una lucha eficaz es precisa una acción concertada. En lo que respecta a la cooperación internacional institucionalizada, ha de destacarse que el papel de las Naciones Unidas, y en particular de la ONUDC, la OMI y el ACNUR ha sido especialmente relevante.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, adoptado en el ámbito de las Naciones Unidas, ha constituido un hito fundamental en la materia y la premisa de actuación para todas las Organizaciones Internacionales. Además, es de señalar que también supone un antes y un después, con respecto a los Estados, en la medida en que, además de otros avances destacados en otras publicaciones, se sientan las bases para la cooperación interestatal en múltiples aspectos prácticos relacionados con la prevención y la actuación frente a los hechos de tráfico ilícito de migrantes, para las que habitualmente se precisaba la existencia de un tratado internacional. Por consiguiente, el hecho de que el Protocolo permita que se lleven a cabo ciertas pautas de cooperación sin necesidad de que se celebren acuerdos específicos, bilaterales o multilaterales, entre los Estados, supone en sí mismo un progreso verdaderamente significativo.

2. Es de subrayar a su vez que el tráfico ilícito de migrantes supone una realidad en la que converge la regulación procedente de distintas ramas y subsectores del Derecho internacional público, a saber, las normas que reglamentan los aspectos relativos a la soberanía del Estado, las normas sobre migración, el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional de los refugiados y de las personas desplazadas, el Derecho internacional Humanitario y el Derecho del mar. Esta concurrencia normativa implica que a veces se hace preciso conciliar contenidos normativos, o, incluso asegurar, antes de la elaboración de nuevas normas, que su adopción va a estar en perfecta consonancia con las existentes en el mismo y en otros ámbitos y que no va a lesionar o erosionar la integridad y coherencia de ningún régimen. Es de enfatizar, en este sentido, que el ACNUR viene cumpliendo un papel de garante a estos efectos con respecto al Derecho internacional de los refugiados.

3. Podría decirse que el tráfico ilícito de migrantes ha recibido menos atención en términos generales por parte de las Organizaciones internacionales que el problema conexo de la trata de personas. No obstante, una afirmación así sería falsa si no se complementara con una serie de precisiones. Para empezar, es preciso dejar claro que las Organizaciones internacionales estudiadas muestran preocupación por las *víctimas*, por todas, siendo irrelevante o secundario el hecho delictivo por el que han sido damnificadas, sea tráfico o trata. Además, ha de tenerse

(57) Puede consultarse en <http://www.ungift.org>.

## El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las organizaciones internacionales

II

en cuenta la existencia de posibles razones materiales que concurren en el fenómeno del tráfico migratorio ilícito, para entender las reticencias estatales para aportar a menudo la dosis de voluntad política suficiente para que las Organizaciones internacionales puedan hacer más en lo que a los aspectos ajenos a la protección a las víctimas se refiere. Así, el tráfico migratorio ilícito entronca directamente con la soberanía estatal, con las fronteras del Estado, con la seguridad, en definitiva, con aspectos ligados sustancialmente a su corazón. De hecho, en los órdenes internos hay un gran número de competencias al respecto en manos de los Ministerios de Interior, también de Fomento o de Transporte, y no de Asuntos Exteriores.

Junto a ello, todavía ha de tenerse en cuenta que cuando tiene lugar un traspaso ilícito de fronteras, con o sin consentimiento de las víctimas, junto a una situación de explotación, el resultado no viene constituido por la concurrencia de dos delitos o por un tráfico ilícito de migrantes agravado, sino que el producto constituye una acción distinta, encajable en el tipo autónomo de la *trata*. Y, si hay traspaso ilegal de fronteras sin consentimiento de la víctima, con la intención de explotación, eso también ya constituye una acción de trata. En definitiva, aunque son fenómenos distintos, la trata comprende claramente una realidad más amplia que el tráfico ilícito de migrantes. Además, debe tenerse en cuenta, junto al dato de que en la práctica a veces es muy difícil distinguir ambas figuras, que la *trata* llega a devorar al propio tráfico en no pocas ocasiones.

4. Ha de reconocerse que las medidas prácticas más operativas operan con mayor fluidez en ámbitos reducidos como los subregionales. Ello tiene lugar por razones que son comprensibles; entre otras, porque los Estados implicados tienen los mismos problemas; porque el perfil de actuación es más técnico que en ámbitos universales; y porque los factores políticos pierden importancia. A su vez también puede reconocerse que las medidas adoptadas en las Organizaciones internacionales de carácter universal se proyectan y dirigen sus efectos a largo plazo, mientras que en las Organizaciones subregionales se hace uso de instrumentos a un plazo, en general, mucho más corto.

5. Ha de reconocerse el papel relevante e influyente de los Procesos Consultivos Regionales en lo relativo al tráfico ilícito de personas y a la trata de personas. Parece conveniente, asimismo, poner énfasis en la necesidad de fortalecer su actuación. E, igualmente, parece justo asumir las ventajas que tiene la concertación de Memorandos de Entendimiento en el ámbito de estos Procesos, aunque también haya que reconocer que ello puede plantear problemas, fundamentalmente desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos internos, en los casos en que su contenido no pueda tocar ciertos aspectos afectados en la materia (*v. gr.* los más vinculados con los derechos humanos...).

6. Debe hacerse hincapié en la necesidad, por supuesto, de que progrese la cooperación interestatal para hacer frente a las acciones de tráfico ilícito de migrantes. Este progreso es necesario para su prevención y represión, y para la protección de las víctimas. No obstante, hay, a la vez, otro filón, compatible, por explotar. Esto es, merece la pena destacar la especial importancia de que se incremente también la cooperación entre Organizaciones internacionales, así como entre Organizaciones y organismos internacionales y Procesos Consultivos Regionales, así como, a su vez, también entre éstos; sin desdeñar, cuando sea posible, la participación del sector privado, la Academia, la sociedad civil y los medios de comunicación. En efecto, iniciativas como la de UN.GIFT ponen de relieve que la importancia de las campañas de información puede ser

---

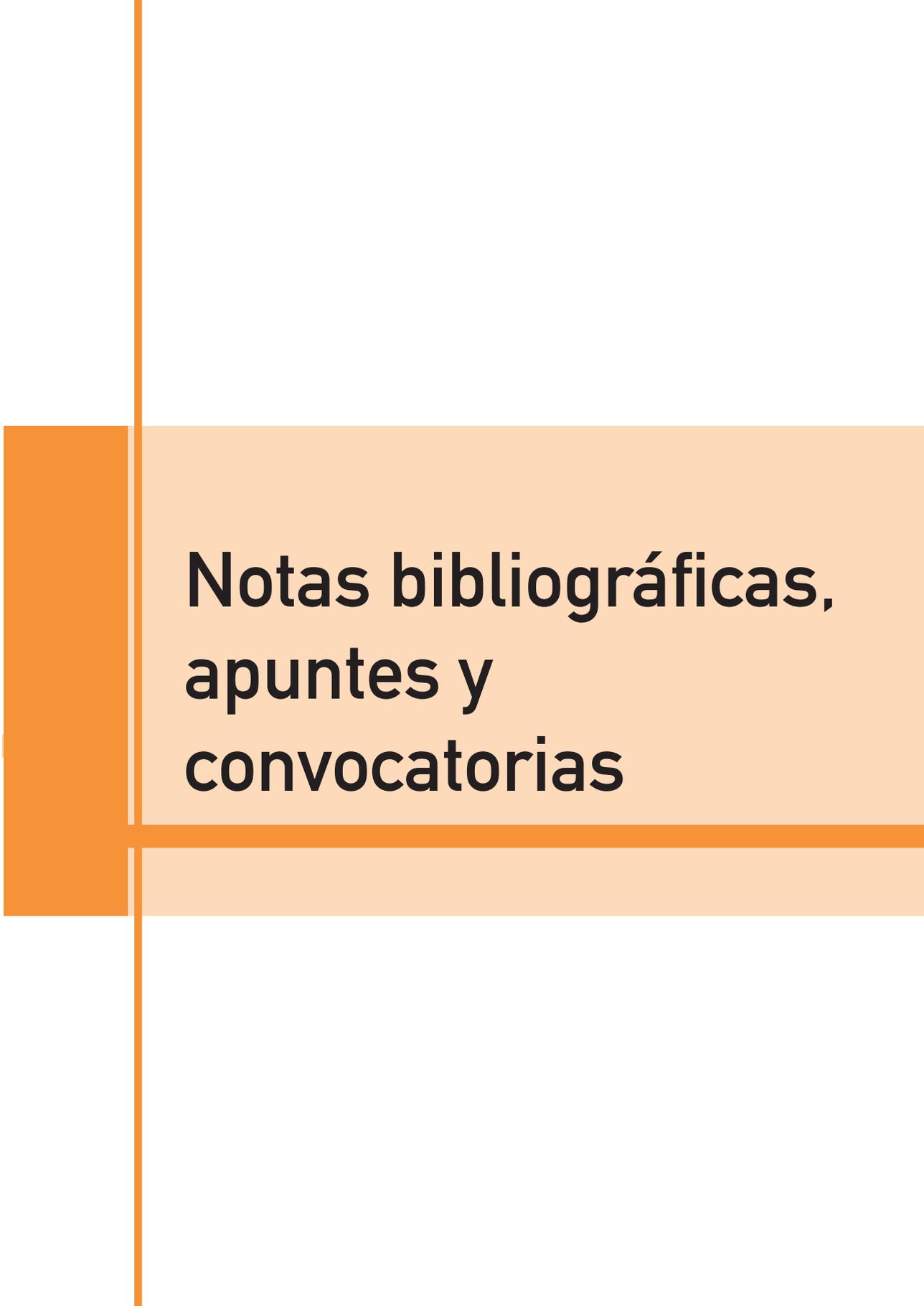
Montserrat Abad Castelos

---

II

crucial para la sensibilización y evitar que más personas puedan caer en las redes de los traficantes.

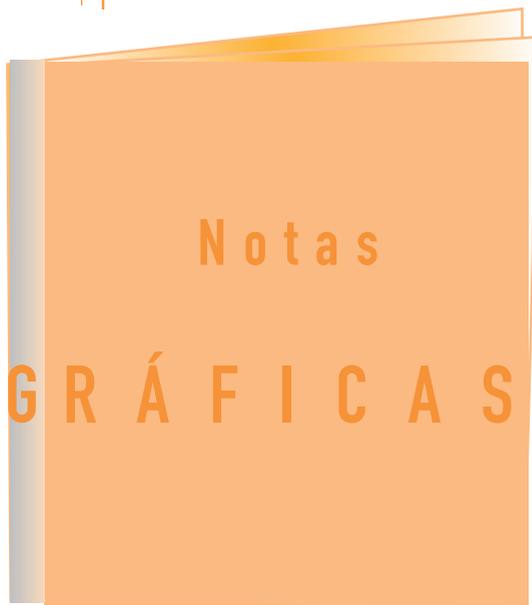
En cualquier caso, los beneficios de fortalecer la cooperación múltiple a que se hace referencia en este apartado resultan evidentes: se reduciría la duplicación de esfuerzos y la superposición de iniciativas; se permitiría un valiosísimo intercambio de información y de experiencias; y se potenciaría la capacidad de actuación. Todo ello es necesario en aras de avanzar en la lucha contra esta atroz lacra que trunca absurda, injusta y brutalmente las vidas de tantos seres humanos.



**Notas bibliográficas,  
apuntes y  
convocatorias**



# BIBLIOGRÁFICAS



- ABARCA JUNCO, P.; ALONSO-OLEA GARCÍA, B., y OTROS, *Inmigración y extranjería (Régimen jurídico básico)*, 3.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, 430 pp.
- ALONSO, J.A. y GUTIÉRREZ, R. (eds.), *Emigración y lengua: El papel del español en las migraciones internacionales*, Ariel-Fundación Telefónica, Madrid 2010, 291 pp.
- BARRANCO VELA, R., *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes*, Comares, Granada 2010, 274 pp.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *El control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, 140 pp.
- COUNCIL OF EUROPE/CONSEIL DE L'EUROPE, *White Paper on Intercultural Dialogue («Living together as equals in dignity»)*, Consejo de Europa, Estrasburgo 2010, 73 pp. (hay asimismo edición en francés).
- EDITORIAL SEPIN, *Leyes de Extranjería y Asilo y normas complementarias*, Editorial Sepin, Madrid 2010, 790 pp.
- GISTI, *Analyse collective du projet de loi «Besson» du 30 mars 2010 «relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité»*, <http://www.gisti.org/spip.php?rubrique8>, 84 pp.  
*La nationalité française. Les Textes*, 3.ª ed. París 2010, 108 pp.  
*La guide de la nationalité française*, París 2010, 210 pp.  
*Les droits des citoyens de l'UE et de leur famille*, París 2010, 64 pp.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El derecho de sufragio de los extranjeros*, Dykinson, Madrid 2010, 114 pp.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea*, Editorial Reus, Madrid 2010, 440 pp.

## Notas bibliográficas

- JOVER GÓMEZ-FERRER, R., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid 2010, 324 pp.
- LACOMBA, J. y FALOMIR FAUS, F., *¿Por qué nos preocupan las migraciones?*, Los Libros de la Catarata, Madrid 2010, 480 pp.
- LE MONDE DIPLOMATIQUE, *Atlas de las migraciones-Las rutas de la Humanidad*, Fundación Mondiplo, Valencia 2010, 206 pp.
- MARTÍN SANZ, L.V. de, *Código de Extranjería*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona 2010, 671 pp.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial Abella-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 2010, 810 pp. (ver recensión).
- ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, La Ley, Madrid 2010, 956 pp.
- PI LLORENS, M., *¿Hacia una Europa de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia?*, Marcial Pons, Madrid 2010, 209 pp.
- SOLANES CORELLA, A. (ed.), *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, 293 pp.
- TRUJILLO PÉREZ, A.J., *Inmigración y asilo*, Ediciones Sequitur, Madrid 2010, 176 pp.
- TUR AUSINA, R., *Integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico*, Editorial Iustel, Madrid 2009, 497 pp.

## Notas bibliográficas

## Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y la Unión Europea

CHUECA SANCHO, A.G.; GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L. Y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. (COORDS.)  
Fundación Tres Culturas,  
Ed. Huygens, Barcelona, 2009 (350 pp.)

POR:

J.J. GARCÍA BLESÁ

Profesor de Derecho de la Unión Europea  
Universidad Internacional de Andalucía  
Visiting Researcher, Surrey International  
Law Centre – School of Law  
University of Surrey

Desde el punto de vista del jurista especialista en las migraciones internacionales contemporáneas, una de las carencias que suelen presentar los trabajos sobre el tema es que muy rara vez consiguen transmitir una explicación de la cuestión migratoria clara y crítica a la vez, que conecte un estudio interdisciplinar útil y razonable de un aspecto concreto con una visión coherente del fenómeno global.

Aunque a estas alturas pueda parecer superflua la afirmación de que el fenómeno migratorio es una cuestión global y que cualquier análisis debe partir por tanto de una comprensión global del tema, lo cierto es que, por ejemplo, la referencia a las estructuras económicas globales de dominación y explotación existentes no suele introducirse de manera útil y aplicada a la comprensión de lo jurídico. Así, el papel que sigue jugando el desarrollo posterior a la guerra fría de un sistema mundial de división del trabajo como causa explicativa fundamental, y el reflejo de sus consecuencias en las estructuras jurídicas internacionales, nacionales y regionales suele aparecer muy difuminado, o como simples cláusulas de estilo muy insuficientes.

Igualmente, como es bien sabido, las más serias consecuencias de lo anterior implican una alarmante

amenaza al principio internacional de dignidad humana y sus desarrollos normativos e institucionales. Por lo que podría decirse que dicha amenaza a los valores más fundamentales de nuestras sociedades obliga a tomar de manera urgente los derechos humanos como la perspectiva central de análisis. Sin embargo, una vez más, la perspectiva de los derechos humanos suele ser considerada como un aspecto más o tratada desde posiciones más políticas que jurídicas.

Pues bien, la necesidad de partir de una concepción clara de estas dos cuestiones en el análisis jurídico de las migraciones cobra un sentido más esencial aún si nos referimos al tratamiento de las migraciones en el Mediterráneo. La intrincada red de relaciones e intereses que gobiernan el área mediterránea, con la Unión Europea (UE) y sus ya conocidos intentos de construcción política y promoción de los derechos humanos y la democracia en esta zona, no pueden hacer olvidar una referencia vital al cuadro global, ni desviar la atención permanente que debe mantener la doctrina sobre las auténticas consecuencias de las políticas europeas frente a las migraciones internacionales, especialmente en relación a los derechos humanos.

Estos huecos son los que sin duda alguna viene a cubrir esta obra, que une de manera muy acertada la visión de varias disciplinas, con especial énfasis en lo jurídico, respecto a las migraciones en el Mediterráneo en particular, con una necesaria representación crítica de la situación global que añade una gran fuerza explicativa al conjunto de los análisis presentados.

De manera general, el trabajo objeto de recensión suma a un sólido análisis jurídico de los instrumentos clave que conforman la política europea de inmigración actual respecto al Mediterráneo, claros y reveladores análisis desde el ámbito de la política, la sociología o la economía que completan un cuadro imprescindible para comprender en profundidad el estado de la materia. Además, junto a la perspectiva propiamente europea de la cuestión, ya sea de la Unión o de los Estados miembros, abre una necesaria ventana al estudio de las políticas migratorias de otros Estados mediterráneos de la orilla sur.

Por tanto, la acertada selección de temas y perspectiva de análisis proporciona una obra colectiva coherente y bien diseñada, con unos objetivos claros, cuyo rigor en la ejecución la hace de interés para especialistas, y cuya redacción amena y sencilla puede ser también de gran interés para aquellos que se inician en esta materia.

## Notas bibliográficas

Una característica transversal de la obra es su preocupación central por los derechos humanos que constituyen el principal enfoque de análisis y crítica. Partiendo del núcleo de los derechos humanos aplicados a la inmigración, es decir, del principio de no discriminación, la obra aborda las causas y consecuencias de la situación migratoria entre la UE y el área mediterránea en diferentes niveles. Esta preocupación no sólo da coherencia al conjunto sino que le dota del espíritu crítico tan necesario en la materia.

De forma muy ilustrativa, se encuentran una serie de atractivos estudios que encuadran el aspecto regional objeto del libro en una perspectiva global más amplia. Así, P. NAIR presenta las migraciones desde un punto de vista del sistema global de división del trabajo, el cual tiende a la explotación de personas de países desfavorecidos privándoles de sus derechos cuando la necesidad les obliga a cruzar las fronteras. Éstas se convierten en instrumento de dominación y discriminación económica, social y cultural, algo que se aplica al caso específico del estrecho de Gibraltar. Este antiguo punto de encuentro entre pueblos y civilizaciones sigue operando como foso defensivo mediante sutiles mecanismos sociológicos y psicológicos extrapolables a cualquier punto similar, que dota de valiosos matices explicativos el análisis a lo largo de la obra de las barreras jurídicas presentes.

Al mismo nivel, CH. TSARDANIDIS nos presenta una visión de la política migratoria como instrumento en las relaciones internacionales de los Estados, aplicado al espacio mediterráneo. Más concretamente, partiendo del caso de Grecia, el autor pone de manifiesto el peso específico que puede tener el fenómeno migratorio para influir en la política exterior, crear tensiones interestatales y cambiar el mapa de las relaciones internacionales en todo el Mediterráneo, no sólo en la parte oriental. Este trabajo es una útil aportación en otro de los aspectos demasiado a menudo subestimados o ignorados dentro de los estudios de la materia y cuyo valor explicativo se muestra especialmente útil a la hora de abordar el desarrollo de las políticas europeas, ya sea de la Unión o de los Estados Miembros (EEMM).

En este sentido, respecto a la política de la UE, es especialmente atractiva la perspectiva desde la cual la obra ataca decididamente el papel de las fronteras como instrumento de dominación y exclusión, como hace M. PAJARES al vincular la realidad económica de desigualdad global con dicha política de fronteras y su producto principal, la inmigración

irregular, que viene a ser la fuente de mano de obra barata y susceptible de explotación salvaje gracias a la limitación formal y la privación práctica de la mayoría de sus derechos. Tras una revisión del proceso de construcción de la política de visados, asilo e inmigración de la UE desde Tampere, con sus inicios de apertura y voluntad de integración, pasando por La Haya en 2004, con la definitiva instalación en la preocupación securitaria, este autor denuncia además un giro represivo que convierte dicha política en insuficiente e inadecuada para un futuro necesitado de políticas más abiertas y progresistas en pro de una recuperación económica y social rápida y consistente con los valores declarados de democracia y dignidad de las sociedades europeas.

En la misma línea crítica encontramos el excelente trabajo de CHUECA SANCHO, quien presenta de manera clara cómo el nuevo «enfoque global» de la política europea se basa en una obsesión securitaria respecto al Mediterráneo, originada en el miedo a la interculturalidad. Estas afirmaciones son el producto de la visión y crítica del elemento más controvertido de la política de la UE, el retorno, especialmente los acuerdos de readmisión y la denominada Directiva «retorno». El panorama que resulta de estos análisis críticos pone de manifiesto las profundas tensiones que existen entre el desarrollo de esta política europea, tanto por parte de la UE como de los EEMM, y la protección de los derechos humanos, cuyo menoscabo pasa en ocasiones por convertirse en una consecuencia inevitable de la primera.

Igualmente atrayente es la visión escéptica de S. PANEBIANCO y M. CARAMMIA en su estudio de la política migratoria como parte de la política exterior de la UE. Los autores denuncian también un discurso securitario predominante y la orientación de sus acciones más negativas hacia el espacio mediterráneo, identificado como una amenaza principal para la estabilidad social europea, a pesar de su menor peso relativo frente a la inmigración de otros orígenes (Latinoamérica, Europa del Este, Asia). Puestas en relación con las recién mencionadas de CHUECA SANCHO sobre el miedo a la interculturalidad, estas afirmaciones ofrecen una valiosa crítica para el análisis actual.

Por su parte, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ ofrece un útil análisis de los instrumentos de control fronterizo de que dispone la UE en relación a la lucha contra la inmigración irregular. Desde una perspectiva de las competencias de la UE y los EEMM en la materia, el autor repasa los principales medios de lucha

## Notas bibliográficas

## IV

contra la inmigración irregular para conectarlos a la gestión común de las fronteras exteriores dentro del marco de Schengen y del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ).

También como elemento del estudio de los niveles internacional y europeo, DÍAZ BARRADO enlaza de manera muy interesante acción diplomática de los Estados, inmigración y protección de los derechos humanos. El análisis se centra en la UE y en la dicotomía entre ciudadanos y no ciudadanos de la Unión que implica la construcción del ELSJ. En tanto que uno de los objetivos principales de la UE (art. 3 TUE), el autor trata los principios rectores de dicha construcción e intenta poner de manifiesto los principales ámbitos de conexión entre política migratoria de la Unión y derechos humanos como punto de partida necesario para la reflexión en esta dimensión del tema.

Otro de los aspectos innovadores de esta obra es la contribución a un mejor entendimiento de algunos de los orígenes y efectos represivos que tiene la política de la UE en los Estados miembros y en otros Estados mediterráneos. Así, B. KALE se expresa con preocupación en relación a la deriva represiva y defensiva de la política migratoria turca debido a la «europeización» simultánea al proceso de ingreso en la UE. En términos similares, M. BEN JEMIA analiza el giro extremadamente represivo de la política tunecina bajo influencia europea que elimina por completo el ancestral derecho a la hospitalidad tunecina que tendía a poner una barrera de protección muy importante entre las relaciones entre individuos extranjeros y nacionales, y el ejercicio por el Estado de sus competencias de control de la población.

En este mismo sentido, del lado de los Estados miembros de la UE, se encuentran los estudios de M. VRENNNA en relación a las graves consecuencias de la criminalización de la inmigración en el caso extremo de Italia. En un crítico y agudo análisis, el autor repasa la evolución y las características principales de uno de los mayores precursores de las políticas represivas de la UE. En relación a España, N. PÉREZ SOLA introduce un estudio prospectivo en relación a los aspectos positivos aunque también potencialmente negativos de la futura reforma de la regulación española de asilo y refugio, advirtiendo de ciertas tendencias similares a las señaladas por el resto de autores.

Por último, la obra proporciona una interesante revisión del campo en el que, junto al de la inmi-

gración irregular, mejor se aprecia la orientación de una política migratoria, la política de integración de los inmigrantes. En este terreno se nos ofrecen un grupo de análisis sobre diferentes aspectos jurídicos incluyendo tanto el nivel europeo como el nacional, con un resultado ciertamente preocupante en varios aspectos.

Por ejemplo, partiendo de la consideración de que la integración laboral debe seguir considerándose como la herramienta fundamental para la integración de una inmigración fundamentalmente económica, M.L. RODRÍGUEZ COPE realiza un revelador estudio del caso español respecto al cual denuncia una condición de mera «comparabilidad» frente a una pretendida igualdad laboral de los inmigrantes, incluso regulares. Esta condición de mera «comparabilidad», a despecho de una pretendida aceptación tanto por la UE (véase la Directiva 2003/109/CE) como por los EEMM de la necesidad de un trato de igualdad al menos en este tema, se ve agravada por la coyuntura económica que perjudica y precariza todo el mercado laboral español, perjudicando también a ciudadanos nacionales y comunitarios y, por tanto, a la normativa y objetivos esenciales de la UE en relación a esta cuestión.

De forma parecida, M.E. ZABALO presenta una comparación crítica de las políticas española y europea de protección de la vida familiar que pone en conexión con la protección última que ofrece el derecho internacional privado. Y en la misma línea, entendiendo la institución matrimonial como elemento de integración del inmigrante, M.P. DIAGO realiza un estudio de la regulación de la nulidad matrimonial como instrumento de lucha contra los llamados *matrimonios blancos* en España.

Como conclusión debe decirse que todos los aspectos reseñados arrojan una luz muy reveladora sobre las migraciones internacionales en el Mediterráneo, y muy especialmente respecto al papel de la UE. Parece que no sólo tiende la UE a convertirse en una fortaleza, como ya se ha venido señalando desde hace varios años, sino que la fortaleza presenta sus muros más elevados y peligrosos al foso sur. Peligrosos para las personas que intentan cruzarlo, pero peligroso también para aquellas que permanecen dentro del recinto amurallado sin darse cuenta que son las bases de su propia sociedad las que están vendiendo para realizar una visión reduccionista y miope (sobre todo para las necesidades europeas a medio y largo plazo) de uno de los principales retos que nos plantea el mundo de la globalización.

## Notas bibliográficas

Ahora bien, además de este precio interno, los señores de la fortaleza olvidan que parte del precio a pagar está siendo la renuncia de la UE a convertirse en un motor de cambio global al nivel de la sociedad civil y los individuos, con toda la influencia que ello podría implicar a muchos niveles. Sin embargo, podría preguntarse de manera legítima cualquier ser humano, ciudadano de este mundo en pleno cambio de globalización: ¿y en qué se diferencia realmente la visión del mundo de la UE de la de EEUU o China?

En definitiva, la obra nos presenta un retrato muy completo del complejo fenómeno migratorio en el Mediterráneo que une a excelentes y críticos análisis jurídicos la inexcusable consideración de aspectos políticos, sociológicos, económicos y culturales en forma de concentrados y reveladores estudios de especialistas de estas ramas del conocimiento social y humano, que hacen de la obra un trabajo altamente recomendable dentro del panorama de estudios en materia migratoria no sólo europea y mediterránea, sino también global.

## Las migraciones en el Mediterráneo y Unión Europea

POR:

M.ºD. ORTIZ VIDAL

El derecho a emigrar ha sido considerado desde siempre como una actitud legítima derivada de la concepción del ser humano como persona racional y libre. En este sentido, el Derecho fundamental a la libre circulación de los seres humanos en el territorio de los distintos Estados aparecía confirmado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en la Carta Social Europea. No obstante, resulta necesario destacar la idea siguiente: Si el de-

recho a emigrar resulta examinado desde el punto de vista del Estado de acogida, los Derechos de los ciudadanos inmigrantes no se corresponden, en la realidad, con los mismos derechos que ostentan los nacionales de dicho Estado.

En un primer momento, en Europa, el fenómeno migratorio siguió una línea de este a oeste y de sur a norte. Desde el sur, procedentes de países mediterráneos como Turquía y antiguas colonias africanas, los emigrantes llegaban al Estado de acogida en busca de oportunidades económicas. No obstante, el momento actual coincide con una perspectiva distinta. El fenómeno de la inmigración en el «mundo occidental» ha generado la elaboración de numerosos Tratados, Acuerdos y Convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, que tratan de normalizar el ámbito laboral, familiar, educativo, asistencial, etc. destinados a evitar conductas racistas o xenófobas en el Estado de acogida.

La misión de la Unión Europea es la siguiente: garantizar un espacio sin fronteras interiores en el que los ciudadanos puedan ejercitar sus Derechos fundamentales y sus libertades comunitarias.

El libro *Las migraciones en el Mediterráneo y Unión Europea* constituye un buen ejemplo de lo expuesto. Se fracciona en tres partes: La primera parte desarrolla la evolución histórica de la migración, el fenómeno migratorio como problema de «seguridad» para los Estados miembros y las distintas políticas de inmigración que adoptan los líderes de la UE. La segunda parte evidencia la inmigración, con especial referencia a la inmigración irregular, como «amenaza» para la seguridad de la sociedad de un Estado. También profundiza en el fenómeno migratorio desde el punto de vista del país de origen y desde la perspectiva del Estado receptor en la búsqueda de soluciones eficientes que potencien, respeten y garanticen los derechos humanos y el *status* del ciudadano inmigrante. Y la tercera parte ilustra las actuaciones y estrategias de integración dirigidas a una reforma del régimen normativo en materia de asilo y extranjería. En particular, se analiza la familia, el empleo y la erradicación de matrimonios mixtos de complacencia como mecanismos individuales que facilitan y favorecen la integración del ciudadano inmigrante en el país receptor.

### I. La política de inmigración de la UE en el Mediterráneo

El asilo y la migración constituyen, por su propia naturaleza, cuestiones internacionales. La UE obvia

## Notas bibliográficas

I

las causas reales por las que las personas procedentes de países de fuera de la UE han emigrado y si estas causas pueden ser solucionadas en el país de origen. Si bien es cierto que el ser humano tiene derecho, en ejercicio de su libertad personal, a circular libremente por el territorio de los Estados que constituyen el planeta y, en particular, ostenta la posibilidad de ejercitar los Derechos fundamentales y las libertades comunitarias recogidas en la Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en ocasiones la migración de la población tiene lugar forzosamente con ocasión de desastres naturales o reorganizaciones políticas.

En este sentido y con gran acierto, A.G. CHUECA SANCHO pone de relieve que la política común de inmigración elaborada por la UE desampara la libre circulación de personas procedentes de países de fuera de la UE. La razón que avala dicha afirmación se encuentra en la obsesión securitaria que sufre la UE en materia migratoria, como bien indica G. CHUECA SANCHO, fundada en el «Síndrome de las tres R», que se corresponde con los conceptos readmisión, retorno y repatriación de los ciudadanos inmigrantes, más la «M», identificada con el miedo que envuelve al Estado de acogida con la llegada de ciudadanos inmigrantes.

Resulta evidente que la intención de la UE se dirige a reforzar únicamente la ciudadanía europea. E incluso más, inquieta y preocupa que la UE establezca una automática relación «entrega de fondos europeos de cooperación al desarrollo-readmisión de nacionales» con los países del Mediterráneo-Sur. Ello supondría, por parte de la UE, un abandono de los derechos humanos de los migrantes. Por estas desoladoras razones y como acertadamente manifiesta y expone G. CHUECA SANCHO, el Mediterráneo-Sur se convierte, no en una zona de encuentro de pueblos y de interculturalidad, sino en una zona problemática para la UE.

El establecimiento de un ciudadano inmigrante en el territorio del Estado de acogida se identifica con el concepto «seguridad jurídica internacional». Si bien el ciudadano tiene derecho a elegir su residencia en el territorio de un Estado, el auge de las migraciones modernas que tuvo lugar durante los cincuenta años que precedieron a la I Guerra Mundial cambió el sentido de la afirmación. La consecuencia fue la siguiente: A partir de 1920, aquellos países que acogieron un número elevado de inmigrantes, impusieron restricciones a la inmigración.

En sintonía con ello, S. PANEBIANCO/M. CARAMMIA abordan con precisión el lugar que ocupa la «seguridad» en el Estado receptor y en qué medida, ésta puede verse perjudicada a causa de la inmigración. Los autores proporcionan las diferencias de concepto y de contenido del término «seguridad» en atención a los distintos momentos históricos. En este sentido, se pasa de la protección de la primitiva «seguridad» militar a la defensa de la actual y moderna «seguridad» de la sociedad que consiste en una «seguridad» que opera frente a las cuestiones políticas, económicas, sociales y medioambientales de cada Estado.

El incremento de flujos migratorios de países localizados fuera de la UE hacia países del ámbito de la UE, inevitablemente acompañados de dificultades de integración social, ha sido percibido como una amenaza a la seguridad individual de la sociedad. Por tal razón, el concepto de «seguridad» es redefinido desde comienzos del siglo XXI por parte de la UE. La migración se corresponde con una amenaza para la seguridad de los Estados de la UE. Por ello, los líderes políticos de la UE consideran que una política común en materia migratoria resulta necesaria para salvaguardar el «riesgo» en el que se hallan los Estados miembros de la UE.

Los autores S. PANEBIANCO/M. CARAMMIA realizan un profundo estudio acerca de la evolución y el incremento del número de ciudadanos inmigrantes, con especial referencia a España e Italia. Un análisis respecto del control de la migración, un control diferenciado, flexible o rígido respectivamente, si ésta es intracomunitaria o extracomunitaria. Y una investigación referida a la prioridad que las agendas de los líderes políticos de la UE conceden al problema de seguridad que proporciona la migración. Para resolver el problema «seguridad-inmigración», los dirigentes de la UE adoptan medidas destinadas a la progresiva institucionalización y supranacionalización de la política externa en materia de inmigración de la UE y a la cooperación regional «euromediterránea» orientada al control de la inmigración y los documentos políticos y jurídicos que priorizan y conceden seguridad en el ámbito de la migración «euromediterránea».

En particular, B. KALE y CH. TSARDANIDIS plantean y acometen la posición que ocupan Turquía y Grecia en materia de migración.

El objeto de estudio de B. KALE se centra en el área de la política de la migración y el asilo en Turquía. Turquía, país de tránsito para la migración y país

## Notas bibliográficas

candidato a convertirse en Estado miembro de la UE, necesita participar en un proceso de armonización que transformará su política interna en materia de migración y asilo.

El autor profundiza en el proceso de Europeización de la política interna de Turquía en materia de migración y asilo que consiste, a grandes rasgos, en un procedimiento de transformación que implica: La creación de instituciones y legislación en el ámbito de la UE y un proceso de «construcción normativa» que supone la aparición de políticas supranacionales en el ámbito de la UE y la convergencia de las políticas nacionales hacia las políticas supranacionales. Ahora bien, B. KALE evidencia que la adopción, por parte de Turquía, de las normas de la UE y de su régimen en materia de migración y de asilo no debe perjudicar el nivel de protección garantizado a los migrantes y a los solicitantes de asilo en Turquía.

En la misma línea CH. TSARDANIDIS realiza un interesante estudio del problema que la migración ha supuesto en Grecia. El capítulo examina el impacto «real» y «percibido» del importante flujo migratorio que ha sido reflejado en la política exterior griega y las consecuencias que la inmigración, y aún más la inmigración de los ciudadanos que se hallan en situación irregular, ha supuesto para la «seguridad nacional» y la política exterior de Grecia. En otras palabras, la migración ha influido decisivamente en la política exterior griega alterando significativamente las prioridades y los objetivos de Grecia.

En consecuencia, y como manifiesta CH. TSARDANIDIS, la migración se ha convertido en una «amenaza» para la identidad nacional, la estabilidad política y el bienestar económico de Grecia. No obstante, de la lectura y del análisis del capítulo se desprende la siguiente conclusión: El gobierno griego ha «utilizado» a los migrantes no sólo como un instrumento de diplomacia que impone restricciones a las acciones del gobierno del país de origen o para desalentar la afluencia de la población, sino como «herramienta» para lograr los objetivos de política exterior.

E incluso más, los costes de integración en el mercado de trabajo y demás costes para la sociedad griega han generado preocupación respecto de la eficiencia de las políticas de inmigración. Para sufragar tales costes y minimizar el impacto destabilizador de la sociedad griega, Grecia inicia medidas de

cooperación bilateral y multilateral. Sin embargo, y de conformidad con lo indicado en el capítulo, Grecia afirma que una política de inmigración coherente y eficiente únicamente puede ser proporcionada en el marco de la UE por parte de los líderes de los Estados miembros.

## II. Fronteras e inmigración irregular

Las causas de la migración de la población son de diverso tipo y se fijan en atención a las específicas circunstancias personales, espaciales y temporales. En este sentido, en un primer momento las migraciones de los ciudadanos se vinculaban a causas naturales. En concreto, sequías prolongadas, inundaciones o erupciones volcánicas que convertían amplias zonas en extensiones inhabitables. No obstante y con posterioridad, los motivos socioeconómicos han provocado muchas más migraciones que los fenómenos naturales.

La «lucha contra la inmigración irregular» se aborda en esta segunda parte desde dos perspectivas: *Visión práctica*: C.M. DÍAZ BARRADO y M. PAJARES se hacen eco de las causas reales y de los efectos que la migración produce en el Estado receptor. Y *Visión teórica*: P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ centra su estudio en la normativa comunitaria en materia de asilo e inmigración y en la gestión de las fronteras europeas con especial referencia a las fronteras marítimas y a la cooperación administrativa en los ámbitos de fronteras exteriores, asilo e inmigración. N. PÉREZ SOLA profundiza en las garantías jurídicas de las que disfruta el solicitante de protección internacional durante la tramitación de la solicitud de protección en el exterior y en las novedades aportadas por el Proyecto de Ley de Asilo y Refugio, actualmente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria. Y M. VRENNNA realiza un análisis exhaustivo de la normativa comunitaria, con especial referencia a Italia, en materia de inmigración.

Desde una perspectiva *práctica*, M. PAJARES realiza un interesante estudio acerca de la evolución de las migraciones. Los movimientos migratorios han existido desde siempre. Constituye un dato relevante que aunque el número de ciudadanos inmigrantes en la actualidad parezca mayor que en otras épocas, de conformidad con las cifras que M. PAJARES extrae de las estadísticas de Naciones Unidas y tomando en consideración el crecimiento

## Notas bibliográficas

I

de la población de los últimos años, el incremento de ciudadanos inmigrantes se corresponde con un 0,5 % respecto a épocas anteriores.

¿Por qué tienen lugar los movimientos migratorios? M. PAJARES expone dos causas reales de la migración: Desde la perspectiva del país de origen, las desigualdades y las privaciones de expectativas de futuro obligan a los ciudadanos de dicho país a buscar un mejor nivel de vida en otro país. Y desde la perspectiva del país de destino, el crecimiento económico y demográfico de un país suscita una mayor demanda de mano de obra, aun a pesar de las políticas de inmigración desarrolladas en los Estados receptores.

El autor M. PAJARES pone de manifiesto que la inmigración suscita en los países de la UE algo no deseado y que viene acompañado de cuantiosos problemas. La «solución» propuesta por los líderes de cada Estado miembro otorga prioridad a la «lucha contra la inmigración de ciudadanos que se hallan en situación irregular» en las políticas migratorias, adoptando medidas que se refieren al control en las fronteras de la entrada de ciudadanos inmigrantes, a la eficacia de expulsiones de ciudadanos que se hallan en situación irregular, a la celebración de acuerdos de readmisión con terceros países, etc.

La creación de una política común en materia de inmigración por parte de la UE ha supuesto, y aún más a partir del atentado a Nueva York el 11 septiembre 2001 y a Madrid el 11 de marzo 2004, una pérdida para los derechos de los inmigrantes y su integración social frente a la lucha contra la inmigración de ciudadanos que se hallan en situación irregular. E incluso más, cada Estado miembro reforma sus normas en materia de extranjería y asilo, con independencia del esfuerzo comunitario. En consecuencia la flexibilidad y/o rigidez en las condiciones de entrada, estancia y salida de un Estado miembro variará en consideración a la política particular que dicho Estado haya elaborado. Por estas razones, M. PAJARES defiende con acierto la idea siguiente: la integración de los ciudadanos inmigrantes debería constituir el eje central del pacto de inmigración de los gobiernos de cada Estado miembro.

Por su parte, C.M. DÍAZ BARRADO considera la defensa de los derechos humanos del ciudadano la *pedra angular* de la UE. La posición del autor es muy clara: las cuestiones relativas a la inmigración, en particular sus medidas, acciones y políticas deben realizarse desde el respeto y la protección de

los Derechos Humanos y del *status* del ciudadano, con independencia de que el ciudadano sea nacional de un Estado, nacional de un Estado miembro de la UE o extranjero. C.M. DÍAZ BARRADO defiende su postura a través de argumentos precisos, claros y verdaderamente impactantes. En sintonía con ello, la redacción, interpretación y la aplicación de las normas comunitarias en materia migratoria y de asilo deberá realizarse a la luz del respeto de los derechos humanos, con independencia del contenido de la norma.

¿Qué medidas adoptan los Estados miembros en las políticas sobre inmigración irregular y cuál es, realmente, el objetivo que pretenden conseguir?

El Derecho Internacional ante el fenómeno migratorio permite a cada Estado miembro de la UE asumir obligaciones jurídicas en materia de inmigración. En otras palabras, cada Estado miembro dispone de potestad para regular las cuestiones que, en materia de inmigración, puedan plantearse en dicho Estado miembro. Resulta preciso destacar que junto a esa potestad regulativa de cada Estado miembro en materia de inmigración, coexisten instrumentos jurídicos internacionales reguladores de la misma materia.

Desde una perspectiva *teórica*, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ realiza un profundo e interesante estudio acerca de la normativa comunitaria en materia de asilo e inmigración. En particular, analiza la política de visado uniforme y de cruce de fronteras exteriores en el Convenio Schengen y la política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, así como la Directiva europea sobre retorno de inmigrantes irregulares (aún no en vigor) rechazada por numerosos colectivos institucionales y privados, internacionales y nacionales. También estudia y desarrolla el alcance del reconocimiento de las decisiones de expulsión de nacionales de terceros países y las ventajas que produciría la armonización de los medios de lucha contra la inmigración, el empleo de ciudadanos inmigrantes que se hallan en situación irregular y la mejora de los medios de control, así como la lucha contra el empleo irregular de nacionales de terceros países.

P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ proporciona un exhaustivo examen en materia de gestión de las fronteras europeas con especial referencia a las fronteras marítimas y, en particular, respecto de la cooperación administrativa en los ámbitos de fronteras exteriores, asilo, inmigración y control de expedición de los visados. En definitiva, y como bien argumenta

## Notas bibliográficas

el autor, la pretensión última de la UE consiste en la creación de normas comunes respecto de la detención, traslado y expulsión de un ciudadano residente que no cumplió las condiciones para la entrada y residencia en un determinado Estado miembro de la UE.

En la misma línea «normativa-legislativa», N. PÉREZ SOLA profundiza en las novedades aportadas por el nuevo Proyecto de Ley de Asilo y Refugio (actualmente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria). La autora proporciona un estudio valorativo de tales novedades originarias de debate y discusión en el Parlamento previa entrada en vigor de dicho Proyecto de Ley. En particular, examina la protección internacional constituida por el derecho de asilo al refugiado y la protección subsidiaria dispensada al ciudadano que, aun cuando carece de las condiciones para ser reconocido refugiado, se halla en una situación que impide su expulsión o devolución de conformidad con otros instrumentos jurídicos internacionales. También se refiere a las insuficiencias detectadas en el Proyecto de Ley respecto de la presentación de solicitudes de protección en el exterior y la tramitación de solicitudes preferentes en un procedimiento abreviado.

La última parte del estudio se centra en examinar las garantías jurídicas de las que disfruta el solicitante de protección internacional, durante la tramitación de la solicitud. En concreto la asistencia jurídica, el derecho a intérprete, el derecho a la información respecto de la solicitud de protección internacional y la motivación de la resolución administrativa.

Y, en la misma línea, M. VRENNA realiza un análisis exhaustivo de la normativa comunitaria, con especial referencia a Italia, en materia de inmigración. De él, se desprende que las normas, incluido el *pacchetto sicurezza*, se dirigen a impulsar cualquier acción controladora de flujos migratorios. Por tal razón, la política migratoria dificulta a los ciudadanos inmigrantes las condiciones de entrada y de estancia en el país receptor. La conclusión de M. VRENNA es clara: Las intervenciones de los líderes de cada Estado miembro de la UE se reconducen bajo un «techo securitario» en el que se evidencia una ideología conservadora en materia de asilo e inmigración. En consecuencia, resulta prácticamente imposible proporcionar una solución eficaz al conflicto de convivencia que tiene lugar en la sociedad del Estado miembro receptor.

### III. Actuaciones y estrategias de integración

Los efectos que las migraciones de población producen en el Estado de origen son de amplio alcance debido a las propias características de estos movimientos. Las zonas de afluencia se llenan de habitantes en tanto que las de partida ven vaciarse sus pueblos, campos y ciudades. Ello comporta un efecto de «rejuvenecimiento» en el lugar de destino y de «envejecimiento» demográfico en el de origen.

A nivel económico, el país de origen «pierde» con la migración de sus ciudadanos a los individuos más activos, así como la inversión realizada en su formación y el coste de los viajes y gastos administrativos de la emigración. Ahora bien, no sólo inconvenientes recaen sobre el país de origen. La migración le reporta las ventajas siguientes: la posibilidad de sanear la economía y reorganizarla si la emigración deja suficientes elementos activos.

Por otra parte, las migraciones de población también comportan efectos de diversa índole en el país de acogida. El país de acogida de ciudadanos inmigrantes disfruta de las ventajas siguientes: nuevas posibilidades económicas y laborales surgen para la población autóctona, puesto que, la llegada de inmigrantes permite a ciertos sectores industriales funcionar con costes más bajos. Sin embargo, las migraciones también plantean dificultades en dicho país: los gastos en ayuda social y cultural, importaciones suplementarias y los problemas de desempleo en el caso de regiones que no pueden ofrecer trabajo a las masas de inmigrantes que llegan en oleadas, como es el caso de las ciudades de países en vías de desarrollo y los desplazamientos masivos de refugiados políticos en el contexto de graves conflictos bélicos.

En el «día a día», si bien el inmigrante enriquece a menudo el país de acogida porque introduce nuevos hábitos culturales, también se producen, al mismo tiempo, tensiones y oposiciones por razón de raza, lengua, género de vida, religión, opinión política, etc.

La situación planteada exige al Estado receptor la adopción de mecanismos que faciliten la integración social de los ciudadanos inmigrantes en él. Las actuaciones y estrategias que favorecen la integración del inmigrante se concretan en las siguientes:

1.º) *Derecho a la reagrupación familiar*. E. ZABALO ESCUDERO presenta un atractivo estudio acerca de la configuración jurídica de los distintos modelos de familia existentes y admitidos en el ámbito

## Notas bibliográficas

I

comunitario y en cada Estado miembro y del Derecho a la vida familiar como medio de integración del ciudadano inmigrante en la sociedad receptora. La familia es una institución tan importante que la legislación nacional de cada Estado miembro de la UE, aun con sus particularidades, y los instrumentos jurídicos internacionales la protegen como pieza esencial en la sociedad.

E. ZABALO ESCUDERO realiza un importante estudio acerca de la familia como medio de integración del ciudadano inmigrante en la sociedad receptora. En particular, reflexiona en la necesidad de un Derecho a la vida familiar eficiente para ciudadanos inmigrantes a través del mecanismo del Derecho subjetivo de reagrupación familiar. Para ello, diferencia el contenido y la configuración jurídica de los distintos modelos de familia existentes y admitidos en el ámbito comunitario y en cada Estado miembro, que permitirán la realización efectiva del derecho de reagrupación familiar y la determinación de los miembros de una familia que resultarán beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar. También desarrolla una interesante comparativa entre la legislación comunitaria y la legislación española, así como un análisis crítico de las limitaciones al derecho de reagrupación familiar.

En particular, la autora enfatiza el papel que juega el Derecho Internacional Privado en el ámbito de la reagrupación familiar de los extranjeros: El Derecho Internacional Privado proporciona armonía y continuidad respecto de las relaciones jurídicas en las situaciones transfronterizas.

2.º) *Derecho laboral*. El empleo constituye, para el inmigrante, su medio de vida y un mecanismo fundamental de integración social en el Estado receptor. Por esta razón, M.L. RODRÍGUEZ COPE analiza las causas y consecuencias de la difícil integración plena de la población inmigrante en el ámbito laboral, con especial incidencia en los nuevos problemas que, como consecuencia de la desaceleración económica, se originan inevitablemente en el ámbito laboral para el colectivo de los ciudadanos inmigrantes.

M.L. RODRÍGUEZ COPE inicia su estudio exponiendo la evolución y el significado del término «integración» en el marco laboral, así como las causas y consecuencias de la difícil integración plena de la población inmigrante en el ámbito laboral. E incluso más, M.L. RODRÍGUEZ COPE examina los nuevos problemas que, como consecuencia de la desacele-

ración económica, se originan inevitablemente en el colectivo de los ciudadanos inmigrantes. Para ello, profundiza en las condiciones de acceso de los ciudadanos extracomunitarios al mercado de trabajo nacional y la permanencia en él desde una doble perspectiva: Desde el país de origen del ciudadano inmigrante y durante la estancia del ciudadano inmigrante en territorio español que permite diferenciar la situación del ciudadano inmigrante que no ha regularizado su situación administrativa y desea acceder al mercado laboral español de la del ciudadano inmigrante que sí ha regularizado su situación, si bien ambos se hallan en una situación de difícil acceso al mercado laboral español debido a la desaceleración económica que recae sobre España.

El objetivo del estudio elaborado por M.L. RODRÍGUEZ COPE es claro: determinar si el marco normativo en materia de extranjería permite configurar un entorno laboral coherente y respetuoso con el derecho del inmigrante extracomunitario a acceder al mercado de trabajo y a permanecer en él en igualdad de condiciones que los nacionales.

3.º) *Derecho de extranjería efectivo y real*. P. AGUELO analiza la normativa española en materia de extranjería y potencia la necesidad de alcanzar una regulación de la situación jurídica de los extranjeros en España que permita desplegar un Derecho de extranjería con vocación de permanencia y estabilidad.

El autor analiza los antecedentes históricos de la normativa española en materia de extranjería. Examina la insuficiente normativa española frente al fenómeno migratorio actual y las necesarias reformas en materia de extranjería que supusieron transformaciones destinadas a evitar la vulneración del Derecho de libertad personal o del Derecho de defensa del ciudadano inmigrante. En particular, las modificaciones concretadas por P. AGUELO consisten, entre otras, en las siguientes: La reforma en el régimen administrativo, la entrada en vigor de la Ley de asistencia jurídica gratuita para ciudadanos migrantes que carecieran de recursos económicos y su reglamento de ejecución que atribuyó, en principio, competencia a los Colegios de Abogados en materia de extranjería y fijó las condiciones mínimas para el desempeño de su actividad, y la creación de un Servicio de extranjería de acentuado carácter social con elevado nivel de exigencia profesional y personal. El autor también destaca el papel protagonista de la Subcomisión de Extranjería así como

## Notas bibliográficas

sus decisiones y actuaciones adoptadas en las sesiones celebradas.

La conclusión del estudio de P. AGUELO es clara: La continuidad de reformas en materia de extranjería convierten al Derecho de extranjería en un ordenamiento jurídico sujeto a múltiples modificaciones. En consecuencia, resulta imprescindible alcanzar una regulación de la situación jurídica de los extranjeros en España eficiente que permita desplegar un Derecho de extranjería con vocación de permanencia y estabilidad.

Desde una perspectiva distinta, P. DIAGO DIAGO centra su estudio en una actuación y estrategia que dificulta la integración social del inmigrante: el matrimonio por complacencia. Si bien la mayoría de los estudios doctrinales sobre matrimonios celebrados por complacencia se fundamentan en los mecanismos de prevención de la celebración de dichos matrimonios, la autora da un paso más. Dirige su obra al ámbito de la nulidad de los matrimonios por complacencia ya celebrados.

El estudio arroja luz respecto de la compleja precisión de la Ley aplicable a la prestación del consentimiento matrimonial en la celebración del matrimonio de complacencia. La Ley reguladora del consentimiento matrimonial (artículo 9.1 Código Civil «Ley nacional de cada contrayente») regirá los efectos jurídicos de la nulidad del matrimonio por complacencia mixto celebrado entre nacional español y nacional extranjero. Ahora bien, la aplicación de la «Ley nacional de cada contrayente» puede resultar «inapropiada» en determinados supuestos, en los que dicha Ley no presente una vinculación *suficiente* con la situación jurídica. En tales supuestos, la aplicación de la «Ley nacional de cada contrayente» comporta resultados *injustos*, puesto que dicha Ley no resulta previsible para las partes contrayentes y, en consecuencia, les comporta «costes conflictuales» muy elevados.

P. DIAGO DIAGO reflexiona acerca de las principales causas en las que se funda la nulidad matrimonial: La falta de consentimiento del contrayente nacional extranjero, o bien, el error en las cualidades determinantes de la prestación del consentimiento en el caso de que el matrimonio se celebrara únicamente en consideración a los beneficios que a uno de los contrayentes le reporta la unión en materia de extranjería o nacionalidad.

La pregunta surge espontáneamente, ¿cómo acreditar la veracidad o falsedad del consentimiento

matrimonial prestado por los contrayentes en el momento de celebración del matrimonio? Para responder a la cuestión, la autora da a conocer la postura de la jurisprudencia española respecto de los problemas probatorios y las causas de nulidad matrimonial. Si bien la práctica jurisprudencial española revela la aplicación sistemática del Derecho material español (*legeforismo*), resulta necesaria una valoración de las circunstancias (convivencia matrimonial, consumación del matrimonio, etc.) concretas del supuesto planteado.

En suma, P. DIAGO DIAGO estructura su estudio de modo excelente: Con carácter general, analiza las causas reales de celebración de los matrimonios por complacencia y las dificultades para erradicarlos, en atención, entre otras circunstancias, a las imperfecciones contenidas en el sistema normativo. Con especial referencia al impacto que produce el matrimonio celebrado por complacencia en el sector de la nacionalidad y la extranjería y en la esfera de los beneficios de los que disfruta el nacional de un tercer Estado. En particular, desarrolla las reacciones *a priori* y *a posteriori* del ordenamiento jurídico español ante la celebración de los matrimonios por complacencia cuyo objetivo consiste en fortalecer y perfeccionar el sistema preventivo de celebración y en un exhaustivo estudio acerca de la nulidad del matrimonio.

Para finalizar, P. NAIR profundiza en el papel que ocupa «la frontera» respecto de las migraciones de los seres humanos desde el Magreb a España y M. BEN JEMIA expone el fenómeno migratorio, con especial análisis de la situación en Túnez.

P. NAIR comienza su estudio mostrando dos imágenes impactantes que conceptúan la idea de migración: La descripción de una fotografía de J. BAULUZ que le concedió el Premio Pulitzer y el análisis de las múltiples dimensiones que revela el concepto de frontera.

La autora profundiza en el papel que ocupa «la frontera» respecto de las migraciones de los seres humanos desde el Magreb a España. En particular, analiza tres modalidades de manifestación de «la frontera»: a) *Frontera interna*: La frontera entre España y Marruecos muestra la disparidad económica y política entre ambos países así como los vínculos, aun a pesar de las diferencias étnicas, religiosas, económicas y políticas, que histórica y culturalmente los unieron; b) *Frontera geopolítica*: El Estrecho de Gibraltar se constituye como un «espacio» que diferencia el mundo de la democracia teórica

## Notas bibliográficas

y la libre circulación de factores productivos frente a una vida en la que «la frontera», económica, social, jurídica y cultural, se convierte en la sombra del inmigrante. c) *La ambigüedad de la frontera*: La situación geográfica de Ceuta intensifica y fortalece los límites entre ambos países.

Por su parte, M. BEN JEMIA expone el fenómeno migratorio, con especial análisis de la situación en Túnez. Si bien cada Estado, de conformidad con el principio de soberanía estatal, ostentará la facultad para determinar las condiciones de entrada, estancia y expulsión de los ciudadanos extranjeros en su territorio, deberá también respetar siempre y en todo caso, los derechos humanos de los ciudadanos migrantes.

M. BEN JEMIA realiza un examen exhaustivo del Derecho tunecino en materia de organización y asistencia a ciudadanos migrantes para la entrada en Túnez, las concretas condiciones de entrada, estancia, traslado y salida de ciudadanos migrantes en Túnez, así como el pasaporte y los documentos de viaje que resulten exigibles. También aborda con precisión la condición de «extranjero» en Túnez y los supuestos de aislamiento y denuncia de los ciudadanos migrantes que entran o salen clandestinamente del territorio de un Estado.

La conclusión que alcanza el estudio es muy clara: El Derecho tunecino castiga penalmente a las personas que ayudan a ciudadanos nacionales y extranjeros a salir clandestinamente de su país de origen. También sanciona la asistencia a la inmigración irregular que se dirige a Europa. En palabras de M. BEN JEMIA: Túnez se convierte en el guardián de las fronteras exteriores de Europa.

### Conclusión

La lectura del libro proporciona una visión global y muy real del fenómeno de las migraciones. Se trata de una obra, sin lugar a dudas, de enorme riqueza en su desarrollo y conclusiones y altamente novedosa. El libro presenta un elevado nivel científico, abundante en propuestas y recomendaciones que proporciona un estudio a fondo de elementos dispares con la adecuada coherencia interna respecto del fenómeno migratorio.

En definitiva, es una obra cuya lectura resulta muy recomendable para todo aquel que trate con supuestos internacionales en los que se dan cita, de modo inevitable, el Derecho de Extranjería y el Derecho Internacional Privado.

## Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre

VV.AA.  
MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.)  
Editorial La Ley,  
Madrid, 2010

POR:

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ  
Profesor Ayudante  
Departamento de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Instituto de Migraciones  
Universidad de Granada

En el segundo semestre del 2010 queda publicado en la editorial La Ley un estudio riguroso, reflexivo y sistemático de todas y cada una de las modificaciones introducidas en la ley de extranjería e inmigración por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Esta obra, colectivamente articulada bajo la dirección y coordinación de José Luis MONEREO PÉREZ y Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ –Catedrático y Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, respectivamente– presenta unas dimensiones sin duda cualitativas, pero también cuantitativas, no habituales en trabajos de investigación ordinarios, pero sí propias de comentarios o estudios prácticos sistemáticos –no puramente lineales– de este tipo sobre un tema tan actual y trascendente para toda la sociedad española como es la presencia en nuestra sociedad de personas extranjeras inmigrantes. Esta obra pretende representar un elemento innovador tanto en el mercado editorial –a ello contribuye su cuidada presentación y atractivo formato–, como

## Notas bibliográficas

en la reflexión sobre la realidad social y estructural de la inmigración en nuestro país.

La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009 era ya esperada. No es, por tanto, una más, sino una muy relevante y significativa. Por las novedades introducidas en su articulado puede calificarse como nueva ley de derechos de los extranjeros e inmigración, pues las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el Derecho Migratorio y de Extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que transversalmente afecta.

En este sentido, nuestro modelo legal de regulación jurídica de la inmigración ha adolecido de una falta de programación coherente, encontrándose excesivamente expuesto a variación de factores coyunturales. Era necesario, pues, garantizar una cierta estabilización jurídico-institucional del modelo de regulación de la inmigración, sobre la base de principios y reglas de juego verdaderamente coherentes y con pretensiones de estabilidad. La nueva reforma legislativa parece orientarse hacia ese objetivo más ambicioso de llevar a cabo una reforma estructural y más estable de la «cuestión social» de la inmigración, incidiendo en toda la multiplicidad de sus dimensiones fundamentales.

Con la finalidad de analizar y estudiar detallada y minuciosamente los distintos aspectos de esta última reforma legal y su objetivo, desde una perspectiva técnica-jurídica y política-jurídica destacan las construcciones y aportaciones sobre ellos realizados –individualmente o en coautoría– por los especialistas en la materia de mayor reconocido prestigio académico y profesional de distintas Universidades españolas.

En esta labor, ha sido clave la estructura interna de la obra, en la que casi una decena de partes y una treintena de capítulos abordan el nuevo tratamiento jurídico-legal de marcada orientación teórica y jurídico-práctica de la inmigración y extranjería en nuestro país desde sus distintas vertientes y dimensiones atendiendo a la Ley Orgánica 2/2009.

Más concreta y particularizadamente, la obra comienza ofreciendo al lector interesado una perspectiva general y de conjunto sobre el nuevo modelo jurídico-legal resultante de la reforma, realizado por la propia dirección y coordinación de la obra. Así, a modo de estudio preliminar introductorio,

se resalta la propia estructura de la reforma, sus principales ejes y otro conjunto de aspectos sustantivos.

En la parte primera de la obra, los Profesores GARCÍA MURCIA y CASTRO ARGÜELLES, realizan un análisis sistemático del nuevo rango legal de la política de inmigración, con especial incidencia en la delimitación del marco competencial estatal y autonómico, en la asunción de los principios del Pacto Europeo para la Inmigración y la promoción por los poderes públicos de la plena integración de los extranjeros en España.

La parte segunda de la obra es monográfica sobre la reforma de la regulación legal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros, con especial atención a los derechos de reunión y sindicación –los Profesores GARCÍA NINET y RUANO ALBERTOS–, los derechos de sindicación y huelga –los Profesores MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ–, el derecho a la educación –la Profesora ROJAS RIVERO–, el derecho a las ayudas a la vivienda –los Profesores GARCÍA BLASCO y DE VAL ARNAL– y el derecho a la asistencia jurídica gratuita –los Profesores SEMPERE NAVARRO y ARIAS DOMÍNGUEZ–.

En la parte tercera del presente volumen, la Profesora OLARTE ENCABO focaliza su atención en la explicación y análisis de las novedades en el derecho de reagrupación familiar del extranjero desde la perspectiva de la construcción de un nuevo derecho social de integración.

En la parte cuarta, los Profesores QUESADA SEGURA, VILA TIERNO y PERÁN QUESADA, centran su interés en la reforma acontecida en el régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros inmigrantes en nuestro país, particularmente en las implicaciones sociojurídicas de los nuevos tipos de visados y en el significado político-jurídico de la posibilidad legal de registro de entradas y salidas de los extranjeros en territorio español.

La quinta parte es dedicada al análisis pormenorizado y detallado de los nuevos alcances de las autorizaciones administrativas de trabajo, prestando especial atención a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género –el Profesor TRIGUERO MARTÍNEZ–, a los penados extranjeros cumpliendo condena –el Profesor FERNÁNDEZ AVILÉS–, a la protección social de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular –la Profesora RAMOS QUINTANA–, a los extranjeros altamente cualificados –el Profesor ROMERO CORONADO–,

## Notas bibliográficas

a la nueva gestión colectiva de contrataciones en origen, al significado y consecuencias de los planes de retorno voluntario –las Profesoras SÁNCHEZ TRIGUEROS y FERNÁNDEZ COLLADOS–, al contrato de trabajo como requisito imprescindible para la solicitud de una autorización de trabajo inicial y al permiso de residencia y autorización inicial de trabajo en relación a la nueva vinculación con el alta del trabajador en la Seguridad Social –el Profesor FERNÁNDEZ AVILÉS–.

La parte sexta es exclusiva para el análisis del nuevo Derecho sancionador en materia de inmigración y extranjería, principalmente respecto a las novedades sustanciales y sus puntos críticos. Desde esta perspectiva, el Profesor MOLINA NAVARRETE aborda las nuevas infracciones y sanciones en materia de inmigración y extranjería, la nueva regulación del internamiento cautelar prolongado de extranjeros y la expulsión –tanto los supuestos y procedimientos para el extranjero como las nuevas consecuencias para el empleador–.

Culmina la obra con la parte séptima y octava, realizadas por los Profesores CABEZA PEREIRO y MORENO VIDA y dedicadas, respectivamente, al estudio exhaustivo del rol coordinativo de las diferentes Administraciones Públicas –en especial de la Confe-

rencia Sectorial de Inmigración– y al reconocimiento implícito del carácter laboral de la inmigración, la composición y funciones de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Quedan incorporadas así en este volumen las elaboraciones de la doctrina científica jurídica y de la jurisprudencia respecto a cada uno de los artículos y materias estudiadas, con una detallada relación bibliográfica al final de cada una de ellas. Todo ello en un contexto social, político y económico como el nuestro en el que la inmigración ha estado, está y estará en el centro de debate en todos sus ámbitos y dimensiones.

En suma, estamos ante una obra científica reciente sobre la realidad social de la inmigración y extranjería. Ello hace que este libro adquiera tintes indispensables no ya sólo para el conjunto de profesionales y académicos del sector profesional de la materia, sino para el lector en general que tenga interés por el conocimiento del concreto tratamiento jurídico legal de las personas extranjeras inmigrantes en nuestro país. Es así porque quedan aunados en esta obra de forma sintética, clara y con un estilo directo –tanto teórico como práctico– todos los aspectos relacionados con ellos en torno a su particular, reformado y actual régimen jurídico-legal.



# JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

## CELEBRADAS

- ✓ 25 años de Leyes de Extranjería (1985-2010). Aprender para el futuro  
16 al 20 de agosto de 2010. Universidad Internacional Menéndez Pelayo (Santander).

## A CELEBRAR

- ✓ La situación de los menores inmigrantes no acompañados: su protección e integración  
8 al 10 de noviembre de 2010. Universidad Politécnica de Valencia.



## NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REDMEX

La *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (REDMEX) **publica exclusivamente originales** que versen sobre las materias comprendidas en su ámbito, ya se trate de derecho español, europeo o internacional, y de los correspondientes análisis jurisprudenciales.

Los originales han de ser enviados en castellano, editados en cualquier procesador de texto. Y serán remitidos al correo electrónico: *revista@intermigra.info*.

Tras el título, el autor y el sumario, en todo caso deben incluir un resumen en español e inglés (*abstract*); después insertarán una relación de 10 palabras clave como máximo, también en español e inglés (*keywords*) y el correspondiente desarrollo o cuerpo principal del texto. La extensión máxima de los **artículos y estudios** –incluidas notas a pie de página y, en su caso, anexos– será de 25 a 30 páginas a doble espacio, con letra de 12 puntos, en formato A4. El resumen, en castellano e inglés, será de un máximo de 15 líneas. Las **notas y apuntes** abarcarán un máximo de 15 páginas.

La REDMEX somete los originales recibidos a **un proceso de evaluación**. Los que superan la preselección del Consejo Asesor son remitidos (omitiendo cualquier referencia al autor o autora) a dos evaluadores externos de reconocido prestigio en la materia. Los evaluadores externos pueden decidir la publicación del original sin modificación alguna, su revisión por los autores (incluidos los criterios básicos mínimos) o su rechazo. La Dirección comunicará tal decisión a los autores, indicando (en su caso) el número de la REDMEX en el que se realizará la publicación.

Se procurará retribuir las colaboraciones de acuerdo con su extensión y originalidad.

También damos publicidad de todas aquellas jornadas de trabajo y eventos que nos remitan y que se celebren sobre esta materia, las cuales aprovecharemos para incluir en el apartado «Convocatorias desde las dos orillas».

Los libros y revistas recibidos por la REDMEX podrán ser objeto de recensión.

La revista tendrá carácter cuatrimestral. Normalmente se cerrará el número de otoño el 1 de octubre; el de primavera, el 1 de febrero, y el número de verano, el 1 de junio, respectivamente.

