

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.

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO. UNIVERSIDAD DE LEÓN.

Ángel G. Chueca Sancho

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

© LEX NOVA 2009

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. 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) 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

Sumario:

[7] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [11] **I. Inmigración islámica o el Otro dentro: Poniendo a prueba los límites de la democracia europea y la tolerancia**
PARVATI NAIR
- [21] **II. Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas**
DANIEL HERNÁNDEZ CALERO
- [61] **III. La libertad religiosa de los extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**
FERNANDO ARLETTAZ

DOSSIER:

- [83] **Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009. (Su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español)**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
PASCUAL AGUELO NAVARRO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [119] **Índice analítico de voces**
- [119] **Asilo**
 - [139] **Expulsión**
 - [149] **Derecho al trabajo**
 - [155] **Permiso de trabajo**
 - [158] **Derecho Penal**
 - [166] **Homologación**
 - [177] **Nacionalidad**
 - [196] **Régimen comunitario**

CRÓNICAS LEGISLATIVAS:

[209] I. Crónica legislativa

[209] Fuentes internas

[210] Fuentes internacionales

[210] Fuentes de la Unión Europea

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

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[227] I. Controversia en torno al uso del hiyab en España: el caso de las comisarías de Castellón

PEDRO MAESTRE

[239] II. Agencias «AMICS»: El modelo de integración de las personas inmigrantes en la Comunidad Valenciana

LAURA GARCÍA JUAN

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS:

[257] I. Notas bibliográficas

[265] II. Jornadas sobre Extranjería

[267] III. Conclusiones XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo. Santander, 21 al 23 de mayo de 2009

SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

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.

Contents:

[7] EDITORIAL

ARTICLES:

- [11] **I. Islamigration or the Other within: testing the limits of European democracy and tolerance**
PARVATI NAIR
- [21] **II. Human trafficking and migrant smuggling**
DANIEL HERNÁNDEZ CALERO
- [61] **III. The freedom of religion of foreigners in the European Convention on Human Rights and in the European Charter on Fundamental Rights**
FERNANDO ARLETTAZ

DOSSIER:

- [83] **Brief panoramic on the European Migratory Law 2008-2009 (its incidence on the reformations of the Spanish Internal Law)**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
PASCUAL AGUELO NAVARRO

REPORTS OF JURISPRUDENCE:

- [119] **Analytic index of voices**
- [119] **Asylum**
 - [139] **Expulsion**
 - [149] **Right to work**
 - [155] **Working license**
 - [158] **Criminal Law**
 - [166] **Recognition of qualifications**
 - [177] **Nationality**
 - [196] **Community regime**

LEGISLATIVE REPORTS:

[209] I. Legislative report

[209] Domestic sources

[210] International sources

[210] European Union sources

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

RESEARCHS FROM BOTH SHORES:

[227] I. Controversy around the use of the hiyab in Spain: the case of the police stations in Castellón

PEDRO MAESTRE

[239] II. "AMICS" agencies. The pattern of immigrants' integration in the Valencian Community

LAURA GARCÍA JUAN

BIBLIOGRAPHICAL NOTES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS:

[257] I. Bibliographical notes

[265] II. Conferences about foreigners affairs

[267] III. Conclusions XIX Law Meeting on Migratory Right and Asylum. Santander 21-23 May 2009

SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

EDITORIAL

El año comenzó con el anuncio del fin de la moratoria para búlgaros y rumanos, que supuso la legalización laboral de un amplio número de personas en un momento en que los efectos de la crisis económica comenzaba a proyectarse con gran intensidad en nuestro país y principalmente en el mercado de trabajo.

El catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, que se aprueba el primer trimestre del año, anticipa ya el cierre de la contratación en origen, salvo situaciones preferenciales.

Las reformas de la Ley de Extranjería y Ley de Asilo comienzan su *iter* legislativo anunciándose un marco migratorio fuertemente restrictivo más conforme con las directrices ultraconservadoras emanadas de la Unión Europea.

En el mes de julio se publica la reforma del Reglamento de Extranjería y Reglamento Comunitario para adecuar su articulado a las nuevas competencias autonómicas y flexibilizar ciertos criterios para la renovación de permisos de trabajo de personas en situación de paro.

En el plano de la integración, se producen los acuerdos con Colombia, Perú, Ecuador, Chile y Trinidad y Tobago que deben posibilitar la participación de sus nacionales en las elecciones municipales españolas.

Aragón aprueba en el mes de febrero de 2009 su Plan para la Convivencia intercultural 2008-2011 y Valencia su polémica Ley de Integración.

En el mes de enero de 2009 da comienzo el procedimiento de solicitud de la nacionalidad española para los nietos de emigrantes exilados españoles. El MAEC abre un Portal para la información y Cita Previa.

En el mes de febrero fueron noticia las redadas masivas de inmigrantes, que no han dejado de producirse durante el semestre y que han provocado duras reacciones desde los más diversos sectores.

En el plano europeo, el semestre nos ofrece la publicación de dos importantes directivas, la Directiva sobre la *blue card* europea y la Directiva sancionadora del empleo irregular, también la actualización de la cuantía para el cruce de fronteras exteriores prevista en el Código de Fronteras. La campaña al parlamento europeo nos ofreció unos duros mensajes que presagiaban el posterior resultado electoral de junio con un fuerte ascenso de los sectores europeos conservadores. España es condenada por el TJCE por incumplimiento de la Directiva 2004/89/CE.

En cuanto a la gestión administrativa, merece destacar la aprobación de varias instrucciones por la DGI: La Instrucción 04/09 sobre Aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE sobre

residentes de larga duración, Instrucción 06/09 sobre el concepto de búsqueda activa de empleo e Instrucción 07/09 sobre prestación económica asistencial de inserción socio laboral.

Continúa sin resolverse ni adecuarse la tramitación administrativa a la jurisprudencia en temas como: a) criterios de revocación de expulsiones en supuestos de arraigo social; b) efecto de las inscripciones registrales de parejas de hecho; c) vías de regularización de ascendientes de menores españoles y d) homogeneización de criterios en las renovaciones de permisos de trabajo.

El balance de pérdidas humanas en los intentos de penetración en la fortaleza europea se ha visto incrementado por las tragedias de este verano en Lampedusa. En España el flujo irregular de embarcaciones parece haber disminuido y, en todo caso, se ha producido su desviación de Canarias a las Costas Andaluzas.

El período postvacacional está llamado a preparar el relevo en la Presidencia Europea que ocupará España en 2010, para entonces cabe esperar que las dos Leyes: de Extranjería y Asilo hayan finalizado su proceso legislativo. Como siempre, desde esta REDMEX estaremos atentos a todo este proceso.

Buen regreso veraniego, un buen curso y buena suerte

Artículos

PARVATI NAIR

Profesora de Estudios Culturales Hispánicos,
Subdirectora del Centre for the Study of Migration,
Queen Mary University of London

Inmigración islámica o el Otro dentro: Poniendo a prueba los límites de la democracia europea y la tolerancia

RESUMEN

INMIGRACIÓN ISLÁMICA O EL OTRO DENTRO: PONIENDO A PRUEBA LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA EUROPEA Y LA TOLERANCIA

Este artículo trata de probar la noción de inclusión y tolerancia que se cree que opera en el fondo de la democracia europea. El encuentro cotidiano con el inmigrante musulmán lo es también con los actos europeos como una prueba de la habilidad de Europa para evolucionar e incluir al Otro. A través de un enfoque comparativo en España, Francia, Países Bajos y Gran Bretaña, este artículo examinará casos prácticos específicos que prueban los márgenes de tolerancia, y haciéndolo, desafía la idea aceptada de que los procesos democráticos sostienen la identidad nuclear de Europa.

ABSTRACT

ISLAMIGRATION OR THE OTHER WITHIN: TESTING THE LIMITS OF EUROPEAN DEMOCRACY AND TOLERANCE

This paper seeks to probe the notion of inclusion and tolerance that is believed to operate at the heart of European democracy. The everyday encounter with the Muslim immigrant who is also European acts as a litmus test for the ability of Europe to evolve and include the Other within. Through a comparative focus on Spain, France, the Netherlands and Britain, this paper will examine specific case studies that test the limits of tolerance, and by so doing, challenge the accepted view that democratic processes sustain the core identity of Europe.

Parvati Nair

SUMARIO

I. Convivencia e inmigración musulmana en Gran Bretaña.

II. Civilización europea-civilización islámica.

III. La ciudadanía y el Otro musulmán.

IV. Cómo manejar el Islam en el aquí-y-ahora europeo.

V. Es necesario repensar ambas historias.

I. CONVIVENCIA E INMIGRACIÓN MUSULMANA EN GRAN BRETAÑA

Hace más o menos un año, surgió una protesta en los medios de comunicación cuando el Arzobispo de Canterbury hizo la siguiente declaración en una conferencia acerca del lugar del Islam en el Derecho británico: «Si vamos a pensar de una manera inteligente acerca de las relaciones entre el Islam y el Derecho británico, necesitaremos deconstruir duras oposiciones y mitos, tanto sobre la naturaleza de la sharia como de la naturaleza de la Ilustración». El arzobispo parecía que inconscientemente había puesto el dedo en la llaga. La reacción volátil de la prensa a la vez reflejó y reforzó actitudes hacia el Islam que son claramente indicativas del incómodo nexo entre las ideas europeas de tolerancia, por un lado, y las tensiones globales contemporáneas entre el Occidente y el Islam, por otro. Después de todo, el arzobispo sólo había adelantado la idea de que algunos aspectos de la ley de la *sharia* –principalmente los que afectan a las leyes personales del matrimonio, etc.– se ofrecieran a los musulmanes británicos en la línea en la que aspectos similares de la ley judía ya están disponibles para los judíos británicos. Pero dentro del contexto mayor de tensiones globales anteriores acerca del auge del fundamentalismo islámico, la sola idea de que cualquier aspecto de la *sharia* se gane un lugar dentro de y junto al sistema legal británico aparecía como un anatema. Sin embargo, hay pocas dudas de que la gran mayoría de los musulmanes británicos son tan pacíficos y honrados como el mejor británico no musulmán. Ofrecerles los mismos derechos para practicar su fe como se ofrece a cualquier otra comunidad minoritaria parecería lo justo. Claramente, éste no es el caso. La reacción de la prensa se vuelve el reflejo de un dilema urgente: la creciente presencia de inmigrantes de esta fe en Gran Bretaña y el resto de Europa –muchos de ellos nacidos europeos– aumenta el problema de cómo tratar con el Islam cuando es parte del medio europeo.

Este artículo trata de probar la noción de inclusión y tolerancia que se cree que opera en el fondo de la democracia europea. El encuentro cotidiano con el inmigrante musulmán lo es también con los actos europeos como una prueba de la habilidad de Europa para evolucionar e incluir al Otro. A través de un enfoque comparativo en España, Francia, Países Bajos y Gran Bre-

Immigración islámica o el Otro dentro: Poniendo a prueba los límites de la democracia

taña, este artículo examinará estudios de casos prácticos específicos que prueban los márgenes de tolerancia, y haciéndolo, desafía la idea aceptada de que los procesos democráticos sostienen la identidad nuclear de Europa.

De una manera puramente aleatoria podemos estudiar los siguientes casos: una joven adolescente en Madrid es obligada a quitarse su pañuelo para entrar en una escuela. Al llegar a clase la primera vez, observa que algunos de sus compañeros de clase llevan gorras de béisbol, otros llevan *piercings* de forma muy visible. A todos se les permite hacer con sus cuerpos lo que quieren, pero ella no debe cubrir su cabeza para ir de acuerdo con la laicidad. En París, un grupo de adolescentes franceses-argelinos de segunda generación vive sus vidas relegadas en los extrarradios, el barrio en que ellos nacieron y del que saben que es casi imposible salir. Económicamente, socialmente, culturalmente así como físicamente, ellos viven en los límites de la ciudad en los *ghettos* deprimidos de inmigrantes. Sus padres recuerdan demasiado bien la guerra en Argelia. Estos jóvenes nacieron en París, ya sujetos al odio y al daño, hijos de un inmigrante marginal. Ellos escuchan *rap* francés, llevan sudaderas con capucha y pantalones holgados y practican el Islam. En Holanda, un hombre de piel oscura se sienta en un autobús, sólo para encontrar que las personas se alejan de él, sospechoso por el color de su piel y el hecho de que lleva una bolsa grande. En Londres, una ciudad víctima durante mucho tiempo de la actividad del IRA, la policía británica coloca grandes anuncios antiterroristas en las paradas del autobús y otros lugares públicos pidiendo al público que informe de cualquiera que pareciera sospechoso. La imagen del anuncio es la de una persona que lleva un pañuelo que cubre su nariz y boca y la parte superior de la cabeza. Pueden verse sólo los ojos y la piel circundante. Los dos son oscuros. No mucho después, un hombre de piel oscura con el pelo rizado, que lleva una chaqueta vaquera y pantalones vaqueros, muere a tiros en el metro porque parece musulmán y vive donde los musulmanes viven. Al amanecer en el este de Londres, dos hermanos son expulsados de sus casas un día, forzados a salir de sus casas sólo medio-vestidos, se les mantiene retenidos y después, mucho después, son liberados como inocentes. Esto se hace por el bien común. Nadie habla del trauma que ellos y sus familias sufren ni de su miedo.

Todas estas personas pertenecen a comunidades musulmanas muy diferentes. Todos ellos han soportado de una manera u otra lo que se mueve bajo un término global: el del terrorismo musulmán. Desde la perspectiva de aquellos que luchan con ser Otro, ésta es Europa según viene funcionando en lo que va de milenio. Unido a la idea de Europa van las nociones conjuntas de justicia, tolerancia, democracia y laicismo. Mientras la Unión Europea puede tener la Cristiandad como su piedra de toque, no obstante la noción de diferencia, y con ella la de respeto por la diferencia, ha sido un medio de afianzar la unidad continental entre los diversos grupos étnicos, culturales y lingüísticos y naciones que componen Europa.

Para muchos países europeos, el laicismo público proporciona el camino hacia tal tolerancia. Sin embargo, forma parte del laicismo el derecho a la libertad personal de religión, convicciones y cultura. En teoría, esto debería significar que cualquiera puede practicar libremente cualquier fe en Europa. El Islam, sin embargo, confunde las nociones europeas de privado y público, ideas que tienen sus raíces en el individualismo ideado por la Ilustración, a través de sus papeles duales e inseparables como religión y ley. Desafiando ambas los límites de la esfera privada y también desafiando los límites del multiculturalismo, el Islam en sus manifestaciones cotidianas pone a prueba algunos de los conceptos fundamentales más allá de la imaginación de Europa. Esta tensión se ha agravado en esta primera década del nuevo milenio a través de los antagonismos que se han intensificado desde los hechos del *11 de septiembre*.

II. CIVILIZACIÓN EUROPEA-CIVILIZACIÓN ISLÁMICA

La persistencia de la narrativa histórica dominante juega una parte importante en la alienación de las minorías musulmanas. Los hechos del *11 de septiembre* no son la raíz de la discriminación contra los musulmanes. Más bien, exacerbaron los prejuicios pre-existentes, el desentendimiento y el recelo. Talal ASAD apunta lo que él ve como las influencias clave en las experiencias europeas, se llamen éstas del Imperio Romano, Cristiandad, Ilustración o industrialización¹. Éstos también señalan los hitos en el desarrollo de lo que a menudo se percibe como «la civilización europea». De hecho, la civilización en sí misma se asume que es un privilegio de Occidente y éste es un privilegio que logra su realización a través de la dominación global y el fortalecimiento de Europa. Porque los inmigrantes musulmanes vienen a menudo de las antiguas colonias y no han sido directamente influenciados por estos hitos históricos y estos procesos, a ellos no se les ve como formando parte de la historia mayor –y, por consiguiente, de la política y cultura– de Europa. Una cierta idealización de la imaginación histórica tiene lugar aquí, así como una cierta incapacidad para considerar o criticar las narrativas históricas dominantes existentes que privilegian lo europeo precisamente señalando a los musulmanes como Otros.

Como Edward SAÏD mostró en su estudio fundamental sobre Orientalismo, la idea del Oriente –un espacio de oscuridad no para confiar en él, sino para ser exotizado siempre que no suponga ninguna amenaza– a la vez define y fortalece la idea del Occidente². La sola idea de Europa, así, surge de la oposición de Oriente y Occidente. Señalando a los musulmanes como los forasteros, el imaginario europeo considera a los musulmanes en términos esenciales. Esto no sólo borra la gran diversidad regional, nacional y étnica entre los musulmanes, sino que también atribuye una cierta inmutabilidad al Islam como Otro. Esto congela a la vez la idea de Europa y la del laicismo tal como es concebido en Europa. La civilización europea se ve como diferente y superior a la islámica.

En la edad moderna y como resultado de la Ilustración, Europa hizo la transición de la Cristianidad al laicismo, esto último a menudo bajo la apariencia de un código moral fijo, inspirado en líneas religiosas. Esto permite que se haga una diferencia de civilizaciones entre lo que es europeo y lo que no lo es. Al mismo tiempo, el poderío histórico, económico y político de Europa sobre sus Otros a lo largo del tiempo permite que esta forma de laicismo sea visto como parte de la civilización europea, con raíces históricas que llegan a la antigua Grecia. Términos tales como democracia, justicia, tolerancia e incluso reconocimiento han sido falsificados en este molde histórico roto e incompleto, de tal modo que se dan fisuras entre la idea de estos conceptos y su realidad práctica en campos clave como la ley, la política, la sociedad y la cultura. Todavía hoy, las narrativas históricas dominantes y los discursos de Europa –bien vivos en las declaraciones de la misión de la Unión Europea y otras organizaciones políticas y económicas mayores– proclaman las ideas de democracia, justicia, tolerancia y reconocimiento como rasgos definitorios y valores de Europa que convierten a esta última en superior a los Otros. Esta diferencia de civilización se predica en el rechazo de lazos importantes –de hecho, una intimidad cultural históricamente manifestada– entre Islam y Cristiandad, contacto duradero entre los musulmanes y los cristianos en las colonias y en cualquier parte y una implicación mutua a lo largo del

(1) ASAD, Talal: «Muslims and European Identity», en Elizabeth HALLAM and Brian V. STREET (eds.): *Cultural Encounters: Representing «Otherness»*, 2000, London, Routledge, pp. 11-27.

(2) SAÏD, Edward: *Orientalism*, 1979, New Cork, Vintage.

Inmigración islámica o el Otro dentro: Poniendo a prueba los límites de la democracia

tiempo de Europa con sus Otros. En otras palabras, la idea de Europa se construye sobre la base de narrativas históricas parciales y la memoria cultural selectiva. El mundo islámico pertenece, así, a esa área de oscuridad donde el olvido y el rechazo se toleran.

III. LA CIUDADANÍA Y EL OTRO MUSULMÁN

La ciudadanía existe como un aspecto fundamental de las definiciones de democracia en Europa. Define el ser europeo, todavía más desde la formación y crecimiento de la Unión Europea. Además, la idea de Europa ha sido consolidada por una larga historia de dominación colonial, de tal forma que la noción del Otro –los colonizados, aquellos que son diferentes en términos raciales, culturales y religiosos– define la comunidad, así como el poder, de Europa. De hecho, la sola idea de Europa ha incluido históricamente dos nociones conjuntas: la de una unidad ligada y la de una alteridad supuestamente inferior en la periferia. Incluidas dentro de la idea de Europeísmo se encuentran nociones de igualdad y valores compartidos, estos últimos precisamente contruidos por una ética común de ciudadanía que a la vez incluye y da la bienvenida a la diversidad dentro y a lo largo de la geografía de Europa. De hecho, todos éstos se ven como aspectos clave de la ciudadanía europea y traen con ellos una cierta política de libertad. Tales libertades, sin embargo, a la fecha, han dependido enormemente de mantener las fronteras de Europa, para así salvaguardar la ciudadanía europea. En la práctica se trata de una política tácita de exclusión que privilegia ciertos grupos sobre otros. Los «viejos» ciudadanos de Europa tienen por consiguiente una ventaja palpable sobre los nuevos, muchos de los cuales vienen de naciones postcoloniales donde eran gobernados por poderes europeos sin ser parte de Europa o, de hecho, sin tener acceso a cualquiera de los derechos disfrutados por los poderes coloniales. Irónicamente, es el poder económico y político de Europa, primero a través de sus lazos comerciales y sendas que se establecieron en los tiempos coloniales, y más recientemente, como uno de los ejes de la globalización, lo que se convierte en un espacio de inmigración.

Los esfuerzos para clausurar las fronteras geopolíticas y geoculturales han sido perturbados por la creciente –y cada vez más enérgica– presencia del Otro musulmán quien también es europeo. Así, Europa tiene una legal, contribuyente, religiosa, étnica y lingüísticamente diferente minoría de trabajadores inmigrantes (indios y pakistaníes en Gran Bretaña, argelinos en Francia, indonesios y, más recientemente, de Bangla Desh en Holanda, marroquíes en España, por ejemplo) que se encuentran durante generaciones en los límites de la sociedad, excluidos de hecho de la ciudadanía europea en su más completo sentido. Para citar a William A. BARBIERI, los inmigrantes se encuentran a menudo no tratados como ciudadanos, sino como «*denizens*», con acceso a ciertos derechos civiles, económicos, religiosos y culturales, pero sólo dentro de un limbo político que nunca perturbará ni amenazará la mayoría³.

La política del multiculturalismo, creada en el marco de la cultura europea y la civilización, asegura que la diversidad religiosa se contiene y se debilita, para ser tolerada, pero sólo se incluye en formas controladas en el flujo de la corriente principal. La contestación pública a la sugerencia hecha por el arzobispo de Canterbury demuestra el modo en que esto es así particularmente para los musulmanes. Lo que es notable es el hecho de que el crecimiento demográfico más grande en Europa aparte del envejecimiento de la población ocurre precisamente en

(3) BARBIERI, William A. : *Ethics of Citizenship*, 1998, Dirham and London: Duke University Press, p. 2.

comunidades musulmanas inmigrantes de primera y segunda generación. Esto indica que está teniendo lugar una crisis en la ciudadanía europea.

Después de la Guerra Fría, el término negativo «comunista» se ha cambiado por el de «terrorista». Inevitablemente el terrorista es musulmán. En el contexto de las tensiones globales comunes –la guerra estadounidense en Afganistán e Irak, la ocupación de territorios palestinos por Israel, etc.– esto es así. Sin embargo, en la mayoría de estos casos, lo que está en juego no es el tema de la religión *per se*, sino los intereses políticos mayores. El fundamentalismo islámico es político y muy distante de la política de la inmensa mayoría de los musulmanes de cualquier lugar. Los contextos globales actuales de crecientes fundamentalismos y la guerra del terror, tras el 11 de septiembre, por los cuales la práctica cotidiana del Islam está bajo vigilancia inserta en los esfuerzos nacionales para afianzar la seguridad, coloca a las comunidades musulmanas en los límites de la sociedad en Europa y en otras partes particularmente vulnerables del norte del mundo.

Vivimos en un mundo inundado por los discursos del peligro islámico. El Islam es amenazante, belicoso, violento, insurgente, resurgente, desestabilizador. Los musulmanes, sin tener en cuenta de dónde vienen, son considerados como pertenecientes a una entidad global monolítica que debería pertenecer al sur del mundo pero que ha hecho su camino hacia el norte. Se presume así que los musulmanes del norte están más unidos a sus presuntos líderes, tanto políticos como religiosos, del sur que a las naciones y continentes donde ellos viven. Los musulmanes del norte se convierten en sospechosos, sobre todo si son pobres, jóvenes y hombres. La diversidad deja de ser un rasgo de los musulmanes, aunque, por definición, la expansión del Islam a lo largo del globo es tan inmensa que la diversidad tiene que ser, de hecho, un rasgo definidor. Escribe Karim H. KARIM: «Mientras que los seguidores del Islam se adhieren a un conjunto de creencias en común, se mantiene una inmensa pluralidad que no sólo existe en lo cultural sino también en el comportamiento religioso entre los mil millones de musulmanes que viven en el mundo»⁴. Lo que Europa, en su fe declarada en la democracia, no tiene en cuenta es la sumamente antidemocrática injusticia de agrupar a más de un sexto de la humanidad bajo una etiqueta, estereotipada y confinadora. Esto marca el fracaso del proyecto democrático de Europa, incapaz de imaginarse, a través de sus frecuentes discursos, las culturas islámicas y sus gentes en términos de pluralidad, fluidez o adaptabilidad. La cosificación descansa, no en los musulmanes como tales, sino en la manera en que los discursos europeos los encuadran.

Unos pocos casos prácticos tomados de diferentes países europeos resaltarán estas cuestiones. Por ejemplo, tomemos el caso de Francia, hogar de más de cuatro millones de musulmanes. Aunque la presencia islámica en Francia se remonta varias décadas, dada la larga dominación colonial de Francia en el África del Norte y Subsahariana, la presencia de prácticas culturales o religiosas islámicas en Francia es apenas perceptible en el paisaje cultural francés. Sólo desde los años setenta se han establecido mezquitas, casas de oración y asociaciones islámicas. Como CASTLES y MILLER resaltan, la afirmación del Islam en Francia ha llevado al levantamiento del Frente Nacional cuya influencia política mina las políticas dirigidas a la integración⁵. La inmigración continúa siendo un problema político importante en Francia, así como el laicismo. El llamado por muchos «asunto del pañuelo» o polémica alrededor de llevar pañuelo en la cabeza

(4) KARIM, Karim H.: *The Islamic Peril: Media and Global Violence*, 2000, London, Tanawanda, Montreal: Black Rose Books.

(5) CASTLES, Stephen y MILLER, Mark J.: *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, 2003, Basingstoke: Palgrave, Macmillan, p. 260.

Inmigración islámica o el Otro dentro: Poniendo a prueba los límites de la democracia

por las niñas y las mujeres musulmanas también deja ver que el laicismo, reiterado con un fervor cuasi-religioso, adquiere una fijeza que no deja lugar para la diferencia. Si el «asunto del pañuelo» apareció primero en la casi desconocida región de Criel en Francia ya en el lejano 1989, ha causado ondas que proliferan hasta el momento⁶. Estas ondas se extendieron desde Francia a otras partes de Europa. Así, como ya he detallado en un artículo anterior, el mismo debate del pañuelo se levantó no hace tanto tiempo en España cuando a una adolescente de origen marroquí, que llevaba un pañuelo, se le negó un lugar en una escuela católica, dirigida por monjas, quienes también, como así ocurre, cubren sus cabezas⁷. Ella fue después rechazada por una escuela estatal y sólo se le dio una plaza después de que el caso se hubiera decidido a su favor en los tribunales.

Una curiosa paradoja surge cuando, por un lado, el Islam dicta que las mujeres cubran sus cabezas, mientras, por otro lado, las instituciones del estado laico dictan que no lo hagan. En algún lugar entre estos dos polos, las cuestiones de libertad, tolerancia, integración y respeto civil andan por la cuerda floja. GALEOTTI nos dice que «el punto de vista liberal ingenuo concibe la tolerancia como lo más importante donde todo el mundo debería ser libre para seguir sus ideales y estilo de vida con tal de que ningún otro sea dañado»⁸. Esto implica que la objeción vehemente al pañuelo se causa por la percepción de que es más que sólo una tela que cubre la cabeza de alguien: tiene significados más allá del obvio –o, quizás, tales significados están inscritos en la tela–. No hay duda de que las mujeres musulmanas generalmente son vistas en Occidente como sujetas a formas severas de patriarcado, entonces el velo se ve en Occidente no sólo como que cubre su supuesta deshonra, sino también como un símbolo de resistencia a los dictados de la hegemonía Occidental. De hecho, en los contextos actuales de antagonismo cultural, muchas mujeres musulmanas jóvenes adoptan el velo como un medio de afirmar su diferencia de la corriente principal europea.

IV. CÓMO MANEJAR EL ISLAM EN EL AQUÍ-Y-AHORA EUROPEO

El continuo, y todavía no resuelto, debate alrededor de cómo manejar el Islam en el aquí-y-ahora europeo se ha exacerbado grandemente por los hechos del 11 de septiembre y la subsiguiente guerra del terror. La unión de políticas concernientes a la seguridad nacional con los cambios en la ley de inmigración ha tenido un serio impacto en las vidas diarias de los inmigrantes musulmanes. La humillación impuesta a los musulmanes –todos con demasiada frecuencia miembros de una sub-clase socio-económica que están también doblemente alienados por la fuerza de su fe– se intensifica cuando se convierten en una comunidad sospechosa, terroristas ocultos, y por tanto en los que no se puede confiar. Una curiosa paradoja surge de esta conexión: por un lado, la inmigración del mundo en vías de desarrollo a Europa es activada por la globalización, en sí un proceso que deriva directamente de los tiempos coloniales y el transporte de recursos y bienes de las colonias al Occidente; por otro lado, nunca han sido las fronteras de la nación europea tan visibles como en el contexto de la inmigración. La supuesta fluidez de movimien-

(6) GALEOTTI, Anna Elisabetta: *Toleration as Recognition*, 2002, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 115-136.

(7) NAIR, Parvati: «Moor-Veiled Matters: the hijab as troubling interrogative of the relation between the West and Islam», *New formations*, núm. 51, invierno 2003-2004, pp. 39-49.

(8) *Ibid.*, p. 118.

to en Europa y la libre circulación de bienes y personas se hace menos deseable cuando los musulmanes europeos caen bajo la sospecha de mantener supuestos lazos con organizaciones terroristas no-europeas, tales como Al-Qaeda.

Además, si el musulmán ha sido mucho tiempo una figura fronteriza en el paisaje cultural europeo, los ataques con bombas, como los que tuvieron lugar en Madrid en 2004, revelan el hecho de que las fronteras nacionales permanecen porosas y abiertas a la alteridad, como su mayor peligro. No sólo los musulmanes están en la línea de fuego en este ambiente, también aquellos que «parece» que podrían ser musulmanes. Así, tras el *11 de septiembre*, algunos *sikhs* sufrieron disparos en los EEUU, y en Gran Bretaña, el tiroteo deliberado del brasileño João Charles de Menezes por la policía británica subraya el aumento de la violencia cuando el miedo se hace irracional y se fija en la figura del musulmán. La cosificación del musulmán en términos de adversario lleva a un gran alcance el miedo y la desconfianza. El miembro holandés del Parlamento Geert Wilder expresó muy bien esta dinámica de animosidad cuando dijo lo siguiente en un discurso ante el Parlamento holandés:

«El Islam es el Caballo de Troya en Europa. Si nosotros no detenemos la islamificación ahora, Europa y Netherlandia sólo serán cuestión de tiempo. Hace un siglo, había aproximadamente 50 musulmanes en los Países Bajos. Hoy, hay casi un millón de musulmanes en este país. ¿Dónde acabará? Nos dirigimos hacia el fin de la civilización europea y holandesa como la conocemos».

La controvertida película de Wilder, *Fitna*, estrenada en 2008, identifica a los musulmanes con el terrorismo, ve la *Jihad* como la meta de todos los musulmanes y apunta al Corán como la inspiración para la actividad terrorista. Su extremismo, no sorprendentemente, activó una contestación extremista de otra organización extremista, Al-Qaeda, que respondió emitiendo una llamada para el asesinato de Wilder.

Cuando los antagonismos se ahondan y el extremismo reemplaza la tolerancia y el respeto, la situación de los musulmanes corrientes en Europa se hace incluso más precaria. Se sabe que ciertas facciones dentro de Islam orientan sus creencias hacia fines políticos violentos. La erupción del asunto de Rushdie lo confirma, así como muchos hechos recientes, incluidos el *11 de septiembre*, el *11 de marzo* y el *7 de julio*. No obstante, hay también numerosos indicios de que las divisiones forjadas dentro del Islam por los teóricos fundamentalistas se reflejan de múltiples maneras clandestinas olvidando la presencia del Islam como ocurre todos los días en nuestro medio.

Un ejemplo de esto puede ser fácilmente encontrado sólo recordando el ya ignorado hecho interesante de que el propio Rushdie nació musulmán. Mientras este escritor, que lucha con las complejidades de los conflictos entre el laicismo y el Islam, ocupa una posición privilegiada desde la que observar este asunto, hay millones de musulmanes que, deseando llevar vidas pacíficas como musulmanes y como europeos, son forzados a enredarse con estas divisiones; en el mundo de hoy, están extrañamente aislados y deben ocupar una posición precaria que resista a la vez la trampa del estereotipo de «fundamentalista» y el de «liberal apolítico». Ambas posiciones se entienden para silenciar efectivamente cualquier implicación legítima en la política cotidiana. El deseo es evitar la trampa del posicionamiento ideológico. De la misma manera, los líderes europeos, cuando se enfrentan al tema del Islam, se encuentran también atrapados, a menudo repitiendo las mismas frases y expresando las mismas ansiedades. Esta ansiedad nace de una idea fija de alteridad.

Immigración islámica o el Otro dentro: Poniendo a prueba los límites de la democracia

V. ES NECESARIO REPENSAR AMBAS HISTORIAS

Para liberar a ambas, Europa e Islam, de la naturaleza fija de sus imágenes, ambas historias necesitan ser repensadas. Este replanteamiento debe desandar rutas históricas, evitando la repetición de lo familiar y se debe guiar por un impulso ético para encontrar lo que es extranjero, Otro, desconocido como «desconocido». La oscuridad, las historias enterradas de Europa necesitan ser desenterradas y traídas a la luz. Así también la intimidad, incluso lo inextricable, de Europa desde sus Otros –sobre todo aquellos con quienes la herencia cristiana de Europa comparte una herencia judaica–.

A pesar de las vociferantes reiteraciones de ciertos extremos el Islam se vive inevitablemente de múltiples maneras fluidas. Como el estudioso y escritor Ziauddin SARDAR nos recuerda «el Islam debe reinterpretarse para cada época»⁹. SARDAR defiende que el Islam no debe verse o creerse como una estructura fija, sino como una forma de pauta o visión, un camino en la vida que ofrece una matriz de estructuras (en plural) a través de las cuales se puede trazar la vida y la cultura. Lo mismo sucede en el laicismo europeo: También sería en lo ideal una matriz de estructuras a través de las cuales la vida y la cultura puedan desarrollarse, no un modo superior de creencia que privilegia ciertos grupos sobre otros.

Hay un error que afirma que la democracia y la supremacía europeas como necesidades «dadas» serán desterradas si tanto los musulmanes europeos como los no-musulmanes se ven unos a otros no como grupos hostiles y enfrentados, sino como miembros de un mundo globalizado, postmoderno y caótico donde las culturas se mezclan y se cruzan, donde la desproporcionalidad y la imposibilidad de transferencias culturales sin complicaciones o mezclas puedan aceptarse.

La cultura de la Ilustración necesita mirarse a sí misma y examinar si ha cometido o no el grave error de perseguir las divisiones en nombre del orden. Una lectura del trabajo de SARDAR indica el camino a seguir: Primero, tiene en cuenta la imposibilidad de mantener cerradas las fronteras nacionales, continentales o culturales a estas alturas de la modernidad. En segundo lugar, fuerza un cálculo del desorden, la discordia y la destrucción que las jerarquías globales y las divisiones que vienen de atrás, favoreciendo a Europa y desfavoreciendo al resto, han causado. En tercer lugar, defiende las perspectivas para ser flexibles, abiertos y atentos.

Es necesario quitar las etiquetas y repensar la alteridad. En palabras de Sohail INAYATULLAH y Gail BOXWELL, para Europa, repensar el Islam significa también ser «llamado a deshacer lo que ha sido alimentado a la fuerza durante siglos y empezar el largo viaje hacia adelante hacia la cordura y la paz»¹⁰. Aunque esto puede ser una meta, nosotros tenemos, de hecho, un largo camino para lograrlo. No obstante, mantener la mirada en esa meta también nos requerirá, aquí y ahora, replantearnos los parámetros en los que construir nuestros valores e identidades. Por encima de todo, también nos obliga a reconocer lo inevitable de la relación con aquellos a quienes consideramos diferentes.

(9) SARDAR, Ziauddin: *The Future of Muslim Civilization*, 1987, London: Mansell.

(10) INAYATULLAH, Sohail y BOXWELL, Gail (eds.): *Islam, Postmodernism and Other Futures: A Ziauddin Sardar Reader*, 2003, London: Pluto Press.

DANIEL HERNÁNDEZ CALERO
Universitat de Barcelona

II

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

RESUMEN

TRÁFICO ILEGAL E INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE PERSONAS

Sin duda, el fenómeno de la trata de personas constituye una de las cuestiones más importantes dentro del derecho migratorio. En este trabajo básicamente se analiza la respuesta ofrecida en el derecho penal español a este tipo de actividad delictiva, con particular atención a la regulación contenida en el artículo 318 bis del Código Penal, y a la diferencia que este establece entre tráfico ilegal e inmigración clandestina, sobre el bien jurídico protegido, a la definición de explotación sexual, etc. Todo ello nos llevará a la conclusión de que tanto la redacción del artículo 318 bis del Código Penal como sus relaciones con otros delitos son manifiestamente mejorables si se quiere establecer un marco jurídico realmente eficaz y coherente.

ABSTRACT

HUMAN TRAFFICKING AND MIGRANT SMUGGLING

The phenomenon of human trafficking (and migrant smuggling) undoubtedly constitutes one of the most important questions of Immigration Law nowadays. In this work we will basically proceed to analyse the solution adopted in Spanish Criminal Law, and particularly the regulation by Article 318 bis of the Criminal Code on the issue, with due regard to the difference between smuggling and trafficking, the public good protected by the law or the legal definition of the concept of sexual exploitation. All this will lead us to the conclusion that Article 318 bis of the Criminal Code could be better drafted in order to improve the legal framework of the fight against this criminal activity.

Daniel Hernández Calero

II

SUMARIO

I. Conceptos de tráfico ilegal e inmigración clandestina.

II. El debate en torno al bien jurídico protegido en el delito de tráfico.

III. Sujeto activo y pasivo.

IV. Tratamiento de los delitos de tráfico ilegal de personas cometidos fuera del territorio nacional.

V. Acción típica y participación.

VI. Elemento subjetivo del delito: la punibilidad del transportista.

VII. Consumación y tentativa.

VIII. El delito de tráfico frente a otros delitos e infracciones relacionadas: problemas concursales.

IX. La finalidad de explotación sexual en el tráfico de personas del artículo 318 bis del CP.

X. Los delitos cualificados de tráfico de los apartados 3 y 4 del artículo 318 bis del CP. A) Ánimo de lucro. B) Violencia, intimidación o engaño. C) Abuso de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima. D) Puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas. E) Prevalimiento de condición pública. F) Pertenencia a organización.

XI. El tipo atenuado de tráfico y otras atenuantes.

XII. Conclusiones.

Desde hace tiempo, hombres y mujeres se han visto obligados a abandonar sus lugares de origen en busca de una nueva vida mejor en otro lugar. Problemas económicos, políticos, conflictos bélicos y persecuciones son las principales causas de este movimiento migratorio que lleva a millones de personas a trasladarse a los países del llamado primer mundo. Esos movimientos migratorios han convertido España en los últimos años en un lugar de destino y también de tránsito hacia Europa. Para hacer frente a este fenómeno, los Estados han establecido un sistema de gestión y control migratorio con el fin de organizar y canalizar adecuadamente los flujos de personas. En un contexto de ordenación y regulación del fenómeno migratorio, no puede desconocerse que una parte importante de esa inmigración trata de entrar y trabajar en los

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

países desarrollados al margen de las leyes establecidas, aunque ello tenga como consecuencia la irregularidad administrativa y la precariedad laboral en los países de destino, sin excluir la exposición a sanciones que se hacen más duras cada día. No es extraño pues, que se haya generado una actividad delictiva, en ocasiones sofisticadamente organizada, para introducir a los ciudadanos extranjeros en los países de destino, al margen de la Ley. Evidentemente, esta actividad delictiva es muy lucrativa pues se nutre de la situación de necesidad de los inmigrantes y de las políticas restrictivas de los Estados de destino.

Como reacción, los Estados vienen sancionando como delito el tráfico ilícito de personas. En España, la regulación de tal figura delictiva se encuentra en el artículo 318 bis del Código Penal, introducido por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 4/2000 bajo un nuevo Título XV bis del Código Penal cuya rúbrica es «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros»¹. Su redacción actual es la siguiente:

«1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además de la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6. Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

Siendo la norma de referencia para jueces y tribunales en la persecución de la creciente actividad de tráfico de personas, no puede ignorarse que el artículo 318 bis del CP es un precepto excesivamente amplio: el tipo penal parece abarcar todo tipo de actuaciones que propicien o protejan, de una u otra forma, el tráfico ilegal de personas y la inmigración clandestina. De hecho, algunos de sus aspectos han sido ampliamente debatidos por la doctrina.

(1) Este artículo fue posteriormente modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 30 de septiembre de 2003).

Quizás su aspecto más complicado –o el que más problemas genera– es el del bien jurídico que protege, pues existen diferentes posturas entre la doctrina e incluso entre la jurisprudencia, aunque esta última se ha ido decantado mayoritariamente por su consideración como un delito pluriofensivo, tal y como tendremos ocasión de ver más adelante. Otro de los problemas que ha suscitado la redacción del artículo 318 bis del CP ha sido el de concretar el significado de «tráfico ilegal» e «inmigración clandestina», conceptos cuyo contenido y alcance son esenciales para la operatividad del sistema punitivo en este ámbito. En este sentido, es significativa la reforma operada por la LO 13/2007 para asegurar la punición de tales conductas también cuando el país de destino sea otro Estado de la Unión Europea, pues denota la importancia que suscita esta cuestión a los poderes públicos españoles, pero también comunitarios.

En atención a todo ello, con este artículo se pretende analizar los delitos de tráfico ilegal e inmigración clandestina desde una perspectiva crítica y con especial atención a la lectura que de ellos ha realizado la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las distintas Audiencias Provinciales. Para ello, se empezará por el estudio del bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal, principalmente para determinar en qué consisten exactamente los conceptos de tráfico ilegal e inmigración clandestina a efectos de deslindar las acciones definidas como «promover, favorecer o facilitar» dicha inmigración o tráfico. En segundo lugar, se aborda el bien jurídico de la norma penal (con especial atención a la interpretación dada por la jurisprudencia); deben desvelarse los intereses jurídicos-penales que se protegen en el precepto que castiga las conductas del tráfico de personas e inmigración clandestina. A partir de ahí se tratarán otros aspectos de la regulación: el sujeto activo y pasivo, el tratamiento de los delitos de tráfico ilegal de personas cometidos fuera del territorio nacional (con especial mención a la Ley 13/2007), la acción típica y la participación, el elemento subjetivo, la consumación y tentativa, los problemas concursales, el tráfico de personas para su explotación sexual, las cualificaciones de los números 3 y 4 del artículo 318 bis del Código Penal (ánimo de lucro; violencia, intimidación o engaño; abuso de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima; puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas; prevailecimiento de condición pública), pertenencia a una organización y, por último, los supuestos atenuantes. Todo ello, con la intención de ofrecer algunas conclusiones a la vista de la actual regulación y su interpretación jurisprudencial.

I. CONCEPTOS DE TRÁFICO ILEGAL E INMIGRACIÓN CLANDESTINA

Es necesario aclarar los conceptos de «tráfico ilegal» e «inmigración clandestina». La LO 11/2003 vino a añadir la promoción o favorecimiento de la «inmigración clandestina», provocando varios problemas interpretativos nacidos de la necesidad de diferenciar dos situaciones distintas.

Tal y como apunta GARCÍA ARÁN, podría pensarse que el «tráfico» alude ahora a la actividad comercial explotadora del traslado de los inmigrantes (es decir, al traficante), pero ello debe descartarse por una serie de motivos²: 1) no se incrimina a quien «trafica» sino a quien promue-

(2) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 217. Por tráfico de personas, siguiendo a GARCÍA ARÁN, puede entenderse aquellas actividades destinadas a la organización de la captación o traslado ilegal de personas de un país a otro, abusando de las condiciones de inferioridad o vulnerabilidad cultural, social o económica, en que se encuentran o son colocadas, realizada con o sin su consentimiento, y con fines lucrativos o de explotación económica, laboral o sexual, o con conocimiento de ellos. Traficar con personas significa tratarlas como objeto de un negocio, obteniendo o persiguiendo un beneficio económico; esa transmutación de personas en cosas es la que permite identificar la lesión de la dignidad en los hechos de tráfico recayentes sobre seres humanos.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

ve o favorece el tráfico, lo que mantiene el concepto de tráfico como traspaso de la frontera por parte del inmigrante (STS de 19 de octubre de 2005); 2) ni el ánimo de lucro ni la pertenencia a una organización son elementos constitutivos del tipo básico sino agravaciones de éste.

Según señala PÉREZ CEPEDA el concepto de «tráfico» puede vincularse con una actividad de intermediación que tenga cierta relevancia, es decir, que responda a un plan, a una ordenación de medios destinada al traslado ilícito de personas, siendo perfectamente posible que dicha actividad organizada sea realizada por un solo individuo. Estas notas dejan fuera del tipo penal aquellas conductas esporádicas, no preordenadas ni organizadas y de ayuda a persona o personas concretas ya que dichas conductas tampoco atentarían o pondrían en peligro la dignidad individual ni como colectivo de los inmigrantes. En definitiva, debe tratarse de una actividad organizada o planificada, por rudimentaria y esporádica que sea, destinada al traslado de personas, que unida a la exigencia de idoneidad para atentar contra la dignidad de los extranjeros, den relevancia al acto del tráfico para que sea punible³. Respecto al término «ilegal» vinculado al de tráfico, se refiere a las normas reguladoras de los flujos migratorios, sean éstas de la UE o de España. Se trata de un elemento normativo, que determina la antijuridicidad material de la conducta. Nos encontramos con una norma penal en blanco en sentido amplio, pues la legalidad o ilegalidad de dicho tráfico se determina en la actualidad por la Ley de Extranjería y su Reglamento; entender el término ilegal como la infracción de estos requisitos conlleva la identificación del concepto de tráfico ilegal de personas con el concepto de inmigración clandestina, a pesar de que la inmigración clandestina sólo requiere que la entrada sea oculta o secreta⁴. Para BAUCCELLS LLADÓS no parece posible establecer distinciones entre los conceptos de «tráfico» e «inmigración clandestina»⁵.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial al proyecto de LO 11/2003 afirma que promover el «tráfico» es favorecer el tránsito ilegal de personas a través de las fronteras, y promover la «inmigración» es promover que otras personas lleguen al país para establecerse en él de forma oculta, añadiendo que la única diferencia radica en que la promoción ilegal del tráfico se diseña como un delito de medios determinados, sin que, en cambio, se establezcan determinados medios de comisión para la promoción de la inmigración clandestina. Cabe plantearse si la distinción entre tráfico e inmigración ha pretendido reproducir la diferenciación internacional recogida en la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada⁶. La distinción que hace la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad

(3) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Inmigración y sistema penal* (RODÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 127.

(4) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Inmigración y sistema penal* (RODÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 128.

(5) BAUCCELLS LLADÓS, Joan: *Inmigración y sistema penal* (RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 195. Según este autor como máximo podrá afirmarse que el tráfico queda reservado para los casos en que se produce un traslado de personas en el que los inmigrantes son trasladados por terceros que lo organizan, promueven, favorecen o facilitan, mientras que la inmigración clandestina viene a equivaler a ese mismo traslado promovido o favorecido por terceros, pero realizado de forma individual y de modo que es el propio inmigrante el que se traslada sólo.

(6) Recordemos que la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional distingue entre *smuggling of emigrants* y *trafficking of human beings*. En el *smuggling of emigrants* se favorece la inmigración ilegal de modo que el negocio consiste en el cobro de un precio por el traslado de un país a otro en situación de clandestinidad, lo que, propiamente, constituye «contrabando» de personas. Por otro lado está el *trafficking of human beings*, que se vendría a identificar con aquellas situaciones en que el traficante organiza el traslado de personas captándolas por medios violen-

organizada apunta la diferencia entre el traslado organizado y el realizado de forma individual, pero lo cierto es que tampoco coincide exactamente con la regulación española, en la que las notas de ánimo de lucro, organización y propósito de explotación pertenecen a los tipos cualificados.

Aunque los medios determinados de comisión de la promoción o favorecimiento del tráfico a que alude el Consejo General del Poder Judicial no aparecen de forma expresa en el texto del tipo básico del artículo 318 bis, ésta resulta ser la única posibilidad de distinguir entre el tráfico y la inmigración⁷. Desde este punto de vista, **el concepto de tráfico ilegal queda reservado para los casos en que se produce un traslado de personas en el que los inmigrantes son trasladados por terceros que lo organizan (promueven, favorecen o facilitan), mientras que la inmigración clandestina viene a equivaler a ese mismo traslado promovido o favorecido por terceros, pero realizado de forma individual y de modo que es el propio inmigrante el que se traslada por medios dispuestos por él mismo**. La posible distinción entre supuestos, residirá, por tanto en las formas agravadas de comisión. Ciertamente la diferenciación de ambas situaciones tendría mayor sentido si a cada una de ellas correspondiera una diferente solución penológica, puesto que en los casos de traslado numeroso de personas organizados por terceros pueden producirse afectaciones a derechos ya en el mismo hecho del traslado, y mayor dependencia respecto a sus organizadores, con mayor riesgo de explotación; pero la equiparación legal del tráfico ilegal y la inmigración clandestina en el tipo básico les atribuye la misma pena, con lo que la diferenciación conceptual conduce a la incriminación de supuestos con distinto grado de peligro para los derechos de las víctimas⁸.

II. EL DEBATE EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO

En cuanto al bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal podemos identificar dos posturas en la doctrina: 1) el control de flujos migratorios (teorías funcionalistas); 2) la dignidad humana de los extranjeros (también la protección de intereses puramente individuales, ya en su sentido estricto, ya con carácter colectivo).

La primera postura parte de un planteamiento de las políticas sobre inmigración que reposa fundamentalmente sobre las necesidades del mercado laboral, de modo que el inmigrante debe ser provechoso o rentable para la sociedad que lo acoge mientras que la inmigración irregular

tos, fraudulentos o abusivos, con la finalidad de mantener el dominio sobre ellas en el país de destino, es decir, con la finalidad de destinarlas a la explotación laboral, sexual... A esta distinción parece apuntar la Sentencia del Tribunal Supremo número 302/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1.^a, de 3 de abril del 2007 cuando analiza la diferencia entre inmigración clandestina y tráfico ilegal de personas: «Sin embargo, tráfico ilegal e inmigración clandestina, no son conceptos equivalentes, como se comprueba con la simple lectura del precepto penal que distingue ambos modos de comisión en la descripción del tipo objetivo, máximo anudados con la copulativa «o». Y tampoco lo son en su misma significación jurídica, pues por tráfico hemos de entender no (simplemente) «tránsito» de personas, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con objeto de obtener un lucro, personal o económico, debiendo ser éste ilegal, esto es, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa».

(7) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 217.

(8) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 218.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

resultante de un control escasamente restrictivo de los flujos migratorios deteriora las posibilidades de cohesión social, incluidas las de otros extranjeros regularmente establecidos en nuestro país. PÉREZ CEPEDA se muestra crítica con esta concepción de bien jurídico al entender que determinar como bien jurídico protegido penalmente el control de los flujos migratorios supondría la consideración del tipo como una mera infracción administrativa elevada a la categoría de delito. En el artículo 318 bis del Código Penal, los extranjeros son las víctimas tuteladas por la ley penal, no los infractores. Precisamente, el artículo 54.b) de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000 y LO 4/2003, establece como infracción administrativa grave el favorecimiento de la inmigración clandestina. Según explica PÉREZ CEPEDA con este precepto sí que se pretende tutelar la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces y conforme a los criterios legales, de ahí que en la misma ley, el artículo 57 castiga como infractores a los extranjeros que se encuentren irregularmente en el territorio español⁹.

Puede destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 22 de noviembre del 2005¹⁰. Igualmente habría que hacer una especial mención a la STS núm. 1087/2006, de 10 de noviembre¹¹. Merece destacarse que la jurisprudencia menor se ha decantado por conferir mayor rango al bien jurídico derechos de los extranjeros, frente al bien jurídico de control de los flujos migratorios; por ejemplo la SAP de Málaga núm. 73/2005, de 28 de septiembre¹².

(9) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Trata de personas y explotación sexual* (GARCÍA ARÁN), Editorial Comares, Granada, 2006, p. 162. Para PÉREZ CEPEDA el fundamento de la sanción penal del artículo 318 bis del Código Penal no es proteger exclusivamente los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros (vida, integridad, salud, libertad, dignidad...) que se ven lesionados o puestos en peligro cuando son introducidos ilegalmente en este país por traficantes; se trata también de dispensar una especial protección a los extranjeros como «grupo discriminado», al encontrarse en una situación de vulnerabilidad excepcional frente a ataques específicos que representan un nivel de gravedad notable. Podría llegar a admitirse que la *ratio legis* del precepto es el control de los flujos migratorios, pero no el bien jurídico protegido.

(10) «La conducta del artículo 318 bis del Código Penal no sólo concurre por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, sino que existe cuando a ello se añade una situación de especial vulnerabilidad en el sujeto pasivo («inmigrantes sin papeles»), circunstancia que los sitúa en condiciones óptimas para los fines perseguidos por el sujeto activo, generalmente con el carácter lucrativo que prevé su apartado tercero, y que, en el caso del apartado segundo, los convierte en víctimas idóneas de una explotación sexual no consentida, lograda mediante el empleo de métodos coactivos de la más diversa índole».

(11) «La descripción del tipo básico ha alimentado algunas dudas doctrinales acerca de la identidad del objeto de protección pues mientras algunos sostienen que únicamente se protege el interés del Estado en el control de los flujos migratorios al no aparecer otros bienes jurídicos identificables en la conducta típica del tipo básico, para otros es preciso que de alguna forma se afecta a la dignidad humana, lo cual es exigible aún en el tipo básico aunque aparezca con más claridad en los agravados, posición que, entienden, resulta más concorde con el principio de intervención mínima reduciendo el ámbito penal, se ajusta mejor a la mención del Título a los derechos de los ciudadanos extranjeros aunque se valore como un bien colectivo, mantiene mejor la proporcionalidad de la pena prevista y además permite una diferenciación más clara con la infracción administrativa prevista en la Ley de Extranjería».

(12) «Centrándonos en el bien jurídico protegido decir que el nuevo título va más allá de los artículos 312 y 313, limitados al tráfico ilegal de “mano de obra” y a la inmigración ilegal, esto es, exclusivamente al tráfico con fines de prestaciones laborales, y también del artículo 188.2 referido a “la trata de blancas” o inmigración con fines de explotación sexual, pues lo que se sanciona es el tráfico ilegal de personas, sin limitar su finalidad. Si bien es cierto que esta inmigración ilegal, aun cuando sea voluntaria (como es en la mayoría de los casos) y responda al ejercicio del derecho natural a la libertad de circulación de personas, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada de país, por lo que el legislador ha dejado expresa su intencionalidad, de definir el bien jurídico protegido por el tipo descrito en a): los derechos que el ciudadano extranjero podría disfrutar en España o en tránsito si hubiere entrado o transitado en condiciones de legalidad y b) los derechos que se ponen en peligro por los riesgos insitos al proceso de entrada, tránsito o establecimiento ilegal en nuestro país. En definitiva el bien jurídico protegido es el derecho del extranjero a una plena y efectiva integración social».

Gan parte de la doctrina defiende el carácter pluriofensivo del artículo 318 bis del CP. Entienden GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA¹³, que el artículo 318 bis se configura como un delito pluriofensivo, que protege tanto el derecho del Estado de controlar los flujos migratorios y la incidencia que en el orden social y el interés general pudiera tener la falta de control en esta materia, como los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros que se ponen en riesgo cuando se produce el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a nuestro país (entre otros, la vida, la salud o la integridad de las personas, así como la libertad individual de adultos y menores durante la comisión del hecho delictivo, y la propia dignidad). De hecho, según señala ESCOBAR JIMÉNEZ, «éste parece ser el espíritu de la reforma del artículo 318 bis, abordada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, cuya Exposición de Motivos se refiere, simultáneamente, a la necesidad de dar la adecuada protección a los ciudadanos extranjeros que residen legalmente en España, así como la de combatir el tráfico ilegal de personas que impide la integración de los extranjeros en el país de destino, debiendo procurar una tutela efectiva de las personas (sean o no trabajadores) mediante la agravación de las penas en los casos en que el tráfico ilegal ponga en peligro la vida, la salud, la integridad de las personas...»¹⁴. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de mayo del 2006, refiriéndose al bien jurídico protegido por el precepto, nos dice que está «integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que tales movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada y el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos individuales de los inmigrantes». La STS núm. 484/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 29 de mayo de 2007 dice lo siguiente: «En nuestra jurisprudencia hemos reiterado que el bien jurídico protegido, en el artículo 318 bis, por todas STS 1087/2006, de 10 de noviembre (RJ 2007\331), STS núm. 1465/2005, de 22 de noviembre (RJ 2005\10051), «no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación –que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas–, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral –cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del Código Penal– y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313 del Código Penal». El carácter pluriofensivo del delito podría acentuarse en los subtipos agravados del artículo 318 bis que tratan de proteger además la libertad sexual (núm. 2) y la libertad, vida e integridad (núm. 3) de los inmigrantes¹⁵.

Tal vez lo adecuado sea considerar, tal y como hace PEREZ CEPEDA¹⁶, que el bien jurídico protegido es la dignidad de los extranjeros. Según esta autora la situación de especial vulnerabilidad

(13) GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)», *Actualidad Penal* núm. 29, julio 2002.

(14) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro de Estudios Jurídicos.

(15) LÓPEZ CERVILLA, José María: *Tráfico de personas con fines altruistas*.

(16) PÉREZ CEPEDA en *Inmigración y sistema penal*, (María José RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 120.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

del extranjero, que justifica una protección especial, se debe en parte a la propia Ley de extranjería, que prohíbe o limita la entrada de extranjeros, y cuando consiguen introducirse en el territorio del Estado de forma irregular, les convierte en infraciudadanos, al reconocerles sólo parte de los derechos fundamentales, los tipos delictivos de tráfico de personas son comportamientos que colocan al afectado en una situación de desventaja (de marginación) precisamente porque reúne las características personales o sociales que la Ley expresamente determina. La negación de su condición de ciudadano igual a los demás posibilita que el acto de tráfico genere esa situación de desventaja. En suma, podría entenderse que el artículo 318 bis representa una protección de la dignidad de los ciudadanos extranjeros irregulares, dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran. La dignidad humana sería el bien jurídico individual y colectivo inmediatamente protegido.

En cuanto al Derecho comparado europeo (si observamos las legislaciones de Francia, Alemania e Italia), hemos de decir que distinguen entre las conductas de inmigración clandestina (*smuggling*) y las conductas de tráfico de personas (*trafficking*). Los delitos de *smuggling* (inmigración clandestina) se hallan recogidos y definidos en la legislación de extranjería. El denominador común a todos ellos se sitúa en el acceso o permanencia ilícitos de un extranjero en territorio nacional. El interés jurídico protegido, en estos casos, se cifra en el flujo migratorio. Algunos de dichos ordenamientos (en concreto, Francia y Alemania) castigan al inmigrante que accede o permanece clandestinamente en el Estado, asignándoles penas inferiores a las que corresponden a los sujetos que facilitan o favorecen la inmigración. En cambio, los delitos de *trafficking* están regulados en el Código Penal. Esto nos hace pensar que el bien jurídico protegido en las conductas de tráfico de personas (*trafficking*) es la dignidad humana; al contrario de la tesis que aquí se sostiene respecto al Derecho español (en el que hemos destacado que la jurisprudencia de forma mayoritaria sostiene que estamos ante un delito pluriofensivo que tutela por una parte el control de los flujos migratorios y, por otra parte, la dignidad del extranjero víctima del tráfico).

III. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Teniendo en cuenta la redacción del tipo penal mencionado «El que...», puede afirmarse que sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, tratándose así de un delito común¹⁷; no obstante, en el caso de que concurriera en el autor de la conducta la condición de autoridad, agente de la autoridad o funcionario público, se aplicaría el subtipo agravado previsto en el apartado 4.º del artículo. Señala CONDE-PUMPIDO TOURÓN que es importante destacar que en ningún caso puede ser sujeto de la sanción penal el propio extranjero que inmigra ilegalmente, aun cuando coopere de un modo necesario a la realización de la acción delictiva, sin perjuicio de lo que se disponga en la legislación administrativa al respecto¹⁸.

(17) La SAP de Málaga, Sec. 7.º, de 23 de septiembre de 2002 señala: «... se trata de un ilícito que puede ser cometido por cualquiera, incardinándose habitualmente en la órbita de transportistas, agentes, consignatarios, representantes y, en general, personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de emigración y movimientos migratorios».

(18) CONDE PUMPIDO TOURÓN, C.: «Delitos contra los derechos de los extranjeros», Extranjeros y Derecho Penal, *Cuadernos de Derecho Judicial* abril de 2003, p. 301.

En cuanto a la determinación del sujeto pasivo de la conducta típica del artículo 318 bis del CP, se han planteado a nivel doctrinal diversas cuestiones, todas ellas relacionadas internamente con la postura adoptada en relación al bien jurídico protegido por el delito¹⁹.

Otra cuestión respecto al sujeto pasivo es si los ciudadanos españoles podrían ser sujetos pasivos del tráfico que sanciona este tipo delictivo. La respuesta a esta pregunta ha de ser negativa; y ello por diferentes motivos: la rúbrica del Título, razones sistemáticas y el interés jurídico protegido por el delito²⁰. Es difícil entender que sujeto pasivo de este delito puede ser también un español y la interpretación que se ha de hacer para entender justamente esto es muy complicada (esta interpretación consistiría en tomar el concepto de inmigración como algo relativo). Precisamente, GARCÍA ARÁN²¹ llama la atención sobre la paradoja que supone la desprotección de ciudadanos españoles en lo que a este precepto se refiere. Para Miriam CUGAT MAURI la efectiva posibilidad de que el español pueda llegar a ser víctima de este tipo de conductas y la imposibilidad de aplicarle este tipo penal, hace que nos encontremos frente a una norma imperfecta que reclama su reforma, pues valores como la dignidad humana que se ven afectados por estas conductas deben ser protegidos en todo caso²². De todas formas, si se quiere proteger al ciudadano español ante un eventual delito de tráfico de personas puede acudir a la interpretación que realiza GARCÍA ARÁN. Según explica CUGAT MAURI el tipo penal se refiere tanto al traslado desde España como con destino a España, y teniendo en cuenta esa doble posibilidad sería absurdo llegar a la conclusión de que pueden ser castigados quienes, por ejemplo, trasladan, con los fines y modos que la ley presupone, a un extranjero a otro país y en cambio resultar ajeno al tipo el traslado, en esas mismas condiciones, de un español al extranjero.

(19) Si se mantiene la postura de que el interés objeto de protección es de carácter colectivo, concretado en el derecho del Estado a ordenar el tráfico migratorio, los sujetos pasivos serán el Estado y la comunidad en su conjunto, debiendo diferenciar este concepto del objeto del delito que serían los extranjeros sobre los que recae la conducta ilegal. Si, por el contrario, se mantiene que el bien jurídico protegido es estrictamente individual, y el tipo protege los derechos de los ciudadanos extranjeros, tal y como aparece recogido en la rúbrica del Título, éstos tendrán la consideración de sujetos pasivos del tipo penal. Para quienes mantienen el carácter pluriofensivo del artículo 318 bis del Código Penal, los sujetos pasivos del delito son a la vez el Estado y los propios extranjeros objeto del tráfico ilegal.

(20) En la SAP de Málaga, Sec. 7.^a, de 23 de septiembre de 2002, se señalan como requisitos del artículo 318 bis, que «ha de tratarse de súbditos extranjeros, ámbito en el que se alinea esta novedosa lacra social de explotación de ciudadanos de países desfavorecidos que, en sus ansias de salir de la miseria que les rodea, se convierten en víctimas fáciles de desaprensivos y reprobables sujetos que, en aras a intereses crematísticos, hacen dejación de cualquier consideración que afecte a la dignidad o a los derechos fundamentales de aquéllos».

(21) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 215. Según esta interpretación, la reforma habida por la LO 11/2003 ha introducido el concepto de «inmigración clandestina» junto a la expresión «desde... España», lo que probablemente ha sido inadvertido por el legislador en una reforma poco meditada; pero lo cierto es que se sanciona la promoción de la inmigración clandestina desde España, lo que carece de sentido si el concepto de «inmigración» se maneja sólo desde la perspectiva de quienes llegan a España. Por tanto, parece que sólo cabe interpretar el concepto de inmigración como algo relativo (en función del país desde el que se la contempla) y por tanto, entender que la inmigración clandestina «desde España», es la que resulta clandestina como inmigración en el país de destino, que, en realidad, será inmigración desde España. Si esto se acepta, resta por salvar el obstáculo de la referencia a los extranjeros en la rúbrica del Título y ello puede hacerse acudiendo igualmente al carácter relativo del concepto de extranjero. Así, el español que, «desde España» es compelido a ingresar clandestinamente en otro país ve puestos en peligro sus derechos como extranjeros en el país de destino.

(22) CUGAT MAURI en *Inmigración y sistema penal* (RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 220.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

IV. TRATAMIENTO DE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS COMETIDOS FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

Es necesario señalar que el artículo 318 bis ha sido objeto de una reforma en su apartado primero por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Dicha norma hace que no sólo se persiga el promover, favorecer o facilitar (directa o indirectamente) el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España; también se persigue esa misma conducta cuando el destino sea otro país de la Unión Europea. Otra modificación muy importante que introduce la Ley Orgánica 13/2007 afecta al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se introduce una novedad importante en este artículo: la persecución del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. La competencia objetiva para juzgar esos delitos en nuestro país recaería en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a tenor de lo dispuesto en el artículo 65.1.º.e) de la LOPJ. Resulta bastante interesante la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2007 en lo que a esta cuestión se refiere: «A este respecto hay que tener presente que nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial fija la extensión y límites de la jurisdicción española en su artículo 23 (...) y de universalidad que atribuye la competencia para conocer de los delitos previstos en el apartado 4 del precepto independientemente del lugar de comisión y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva en base a que afecta a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional en su conjunto. De acuerdo con tales criterios, en la actualidad, en el supuesto de que una embarcación sea rescatada fuera del mar territorial por un buque español, con personas que, presuntamente, perseguían entrar en España, al margen de los puestos fronterizos habilitados al efecto y careciendo de la documentación oportuna para ello, no será posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos, salvo si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales está orientado a la explotación sexual de los mismos, a la vista de la expresa previsión contenida en el artículo 23.4.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, la Convención de 2000, en relación con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, en el mismo artículo 15.2.c), faculta a los Estados parte para que puedan establecer su jurisdicción respecto de estos delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina, aun cuando se cometan fuera de su territorio. Éste sería el supuesto concreto de la patera o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas, en definitiva, delitos que se consuman con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido, siendo irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial. España, sin duda, debe adoptar las medidas legislativas al respecto a fin de enjuiciar este tipo de delitos, pues resulta ciertamente difícil dar el necesario trato digno a los inmigrantes y proteger plenamente sus derechos humanos, a la vista del inabarcable flujo migratorio en nuestro país. Flujo que proviene, en gran medida, del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de inmigrantes, que día a día ponen en peligro su vida y su seguridad. En esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas».

Por último, dentro de este punto, quisiera referirme a la cuestión del traspaso de fronteras. Aquí se sostiene que la perfección delictiva no exige ningún resultado, ni tan siquiera la necesidad

de acreditar la efectiva entrada, salida o tránsito del sujeto por territorio español, sino tan sólo la realización de los actos de promoción o favorecimiento, con independencia del posterior desarrollo de la acción que se agotaría con la llegada del sujeto al destino previsto (según la STS núm. 52/2006 de 19 de enero: «Igualmente se trata de un delito de mera actividad que se consume con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido»). Además, el hecho de que se exigiera el traspaso de frontera para que se entendiera producido el ilícito tendría una serie de inconvenientes: a) desdibuja el objetivo principal de la protección de derechos de las personas objeto del tráfico; b) deja fuera de la definición actos de tráfico cometidos en el interior de fronteras de un país y confunde el hecho del tráfico con el de la inmigración ilegal, lo que resulta especialmente disfuncional para perseguir hechos de tráfico cometidos sobre personas que han entrado legalmente en el país, por ejemplo, con visado de turista que posteriormente caduca dando paso a una situación de vulnerabilidad; c) el requisito de entrada ilegal en un país induce a pensar que lo protegido son las políticas estatales sobre inmigración y el control de fronteras.

De todas formas, creo que el debate acerca de la necesidad o no del traspaso de frontera queda definitivamente cerrado con la nueva redacción del artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Al permitir la ley expresamente que pueda perseguirse este delito fuera de la frontera creo que se está admitiendo que se trata de un delito que no requiere para su perfección el cruce de fronteras. El delito de tráfico ilegal de personas es un delito que aparentemente podría hacernos pensar que requiere el traspaso de la frontera de la persona traficada pero recordemos que basta que se realicen actos de promoción o favorecimiento para que pueda ser objeto de persecución.

V. ACCIÓN TÍPICA Y PARTICIPACIÓN

La acción típica se describe de forma abierta por los verbos rectores del tipo promover, favorecer o facilitar (STS de 18 de septiembre de 1996: «... promover equivale a impulsar, iniciar. Favorecer consiste en cooperar, fomentar, patrocinar, contribuir, mediar. Facilitar es posibilitar, permitir, simplificar, allanar...»). A primera vista, lo primero que llama la atención es la amplitud con la que se describen las conductas típicas en relación con el concepto nuclear de tráfico ilegal o inmigración clandestina, de forma que el tipo penal abarca todo tipo de actuaciones que propicien o protejan, de una u otra forma, dicha actividad²³.

Se ha dicho²⁴ que la descripción típica contenida en el artículo supone, en todo caso, la utilización por parte del legislador de un auténtico concepto extensivo o unitario de autor, que

(23) Esta amplitud pone de manifiesto una voluntad legislativa de que el delito abarque, en su ámbito de aplicación, todas las posibles actividades que contribuyan de hecho o puedan contribuir al desarrollo material del traslado de personas, y ésta se ha visto reforzada, si cabe, con la introducción por la reforma operada por Ley Orgánica 11/2003, de la expresión «directa o indirectamente», ausente en la anterior redacción legal, así como a las referencias espaciales «desde, en tránsito o con destino a España» que se mantienen en su integridad, con vocación de amparar las diferentes modalidades que en la práctica pueda adoptar la conducta típica. Sin embargo, ese carácter abierto de la conducta también plantea dificultades para la interpretación del precepto, ya que se plantean dudas sobre su compatibilidad con los principios penales de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, tal y como destaca Cristina ESCOBAR JIMÉNEZ.

(24) RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., citado por SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelior penal, 2002, p. 89.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

permite equiparar bajo la imputación en términos de autoría cualquier comportamiento con el único requisito de tener mínima aportación causal a la realización del tráfico, de forma que cualquier contribución causal a la producción del hecho encajaría directamente en el tipo. Además, nos encontramos con un tipo de consumación anticipada, que adelanta la barrera punitiva al momento en que se facilita o favorece el tráfico, por lo que engloba conductas de diferente gravedad y distintas modalidades, no determinadas en la descripción típica, lo cual conculca los presupuestos de certeza y concreción que exigen los principios penales. Por ello, es necesario introducir algunos criterios teleológicos de restricción que permitan al menos la exclusión de actos de simple complicidad, o incluso actos meramente preparatorios. En base a ello, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS²⁵ entiende que no puede olvidarse que el comportamiento previsto en el artículo 318 bis abarca la promoción, por la que hay que entender el «iniciar o adelantar una cosa procurando su logro, facilitar o hacer posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin», así como el favorecer que supone apoyar un intento, empresa u opinión. Y ello determina que podrían ser consideradas penalmente relevantes conductas pertenecientes a la pura fase ideativa del delito²⁶. Otro sector de la doctrina²⁷ entiende que, a pesar de la amplitud del tipo, los casos de estricta complicidad quedarían excluidos de su ámbito de aplicación en la medida en que por comparación con otros preceptos penales de tenor similar, concretamente en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, en el artículo 318 bis no se hace referencia ni a la generalización de la aportación relevante por medio de cláusulas como la de la promoción «por cualquier medio», ni a la relevancia del comportamiento de favorecimiento indirecto. Por ello, tan sólo las conductas que tengan una directa relevancia causal en la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico pueden considerarse relevantes.

Pero tras la reforma del precepto comentado y la introducción de la fórmula *directa o indirectamente* en la redacción típica, estas afirmaciones deben matizarse, ya que el legislador ha ampliado notablemente el ámbito de la conducta punible. Sentencia Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7) número 44/2005, de 20 de junio: «El injusto examinado se conforma como un delito doloso, que debe abarcar el conocimiento y el propósito de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas, cuyo tipo se configura como un ilícito de peligro abstracto –concreto o de aptitud– al producirse una suerte de consumación anticipada, esto es, con arreglo a la dicción del precepto para la consumación del injusto no es necesario que

(25) SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier penal, 2002, pp. 88 a 91.

(26) Es por ello, que se propone un doble criterio limitativo:

A) Las conductas previstas en el primer párrafo del artículo 318 bis son, en todo caso, conductas de referencia, es decir, comportamientos que sólo alcanzan su relevancia penal en relación al concepto de tráfico ilegal de personas (o la inmigración clandestina), que actúa como elemento nuclear del tipo. Ello determina que deberán excluirse comportamientos de favorecimiento, promoción o facilitación del simple tráfico, es decir, del simple traslado o movimiento de personas entre dos puntos geográficos.

B) Sólo serán relevantes aquellas aportaciones que se dirijan en el contexto de una actividad de traslado de personas, al favorecimiento o producción de las condiciones de privación de derechos que hacen ilegal al tráfico o traslado de personas.

C) Por último, desde una perspectiva estrictamente subjetiva, para que pueda producirse la imputación penal de esta conducta, será necesaria la concurrencia en el sujeto de la conciencia y la voluntad de las condiciones en que se realiza el tráfico.

(27) SERRANO PIEDECASAS, J.R.: «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Manuales de Formación continuada*, núm. 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

el súbdito foráneo haya traspasado efectivamente el control de pasaportes o documentación, ni que haya logrado acceder irregularmente a territorio nacional, sino que basta la promoción, el favorecimiento o la facilitación de entrada en nuestro país de forma clandestina o irregular para que se alcance la consumación del tipo. Por dicha razón no es posible apreciar la tentativa, es decir, en caso de que se logre alcanzar territorio patrio estamos ante el agotamiento de la acción (...) De la conducta delictiva ya descrita es responsable en concepto de autor el acusado por su participación directa y voluntaria en los mismos; debiéndose significar con relación al injusto típico del artículo 318 bis de la Ley Sustantiva Penal que la amplitud de los verbos utilizados por el legislador –promover, favorecer o facilitar directa o indirectamente– para describir la conducta típica arrastra al seno de la autoría cualquier contribución causal a la perpetración del ilícito, haciendo prácticamente inviable cualquier otra forma de participación ajena a la autoría del artículo 28 del repetido Texto Sancionador». De esta forma, debe ser reputado autor, además del que de forma consciente e intencionada realiza actos de intervención material directa, o de inducción eficaz y concreta en su ejecución, el que coopera ya sea por medio de una actividad necesaria, ya sea adyacente o colateral, siempre que ésta sea eficaz para el desarrollo del delito o esté íntimamente relacionada con la actividad principal²⁸.

Resultará difícil la existencia de formas de participación distintas de la autoría, en los términos descritos en el artículo 28 del Código Penal, en la medida que todos los comportamientos periféricos y actos de auxilio que tengan una mínima aportación casual al objeto del delito quedarán englobados en los supuestos típicos de promover, favorecer y facilitar²⁹.

Para la Fiscalía «es un delito de tendencia. Así lo afirma la STS núm. 1330/2002, de 16 de julio, que añade que “como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito. Lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa. Por lo que se pueden incluir conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc.”. Es, por tanto, difícil admitir otro grado de participación distinto de la autoría (...) No obstante, puede excepcionalmente admitirse en alguna ocasión la complicidad como forma de participación [vid. SSAP Las Palmas núm. 48/2004 (Sección 2.ª), de 22 marzo y Valencia núm. 40/2002 (Sección 5.ª), de 15 de marzo]. En todo caso, no deben olvidarse las exigencias derivadas de la taxatividad, debiendo evitarse exégesis contrarias a los principios de proporcionalidad y de fragmentariedad. **La interpretación de los elementos del tipo objetivo no puede llevar a incluir conductas inocuas o irrelevantes en relación con**

(28) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

(29) La SAP de Soria, Sec. 1.ª, de 30 de enero de 2004 (núm. 7/2004), rechaza la existencia de complicidad en el caso examinado señalando que: «... en nuestro caso, la participación del acusado, primero mostrándose en el vídeo para convencer a los perjudicados de que iban a encontrar trabajo y vivienda en España, y después esperando a los perjudicados en la estación de autobuses para facilitarles –previo pago de 120 euros mensuales cada uno de ellos– vivienda, constituye una participación esencial en la operativa diseñada al efecto, e imprescindible en el planteamiento del delito. Dicha participación no puede considerarse como algo auxiliar, sino necesario para la efectividad de la trama delictiva, y de ahí que su consideración no puede ser otra que la autoría, ya que el tipo penal utiliza los verbos promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores en España. El acusado participó en la captación de inmigrantes, cobro de cantidades, y organización de la llegada de éstos a España, todo lo cual integra el tipo del delito examinado. Y por ello debe ser igualmente desestimado el segundo motivo del recurso».

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

el fin de protección pretendido por la norma. En este sentido, la STS núm. 569/2006, de 19 de mayo, declara que “desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina... ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico”. En la misma línea puede citarse la STS núm. 479/2006, de 28 de abril» (Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España).

Habría que hacer una pequeña referencia al consentimiento. Creo que el consentimiento de la persona víctima del tráfico en este delito ha de ser irrelevante. Tal y como destaca GARCÍA ARÁN cuando se promueve o facilita el traslado de personas que emigran en condiciones de inferioridad, aunque el tráfico suponga el traslado por propia voluntad, no puede ignorarse que, en el plano económico y social, el inmigrante es tratado también como objeto de un negocio y, materialmente, como una mercancía: ésta es la razón por la que en los hechos de tráfico, el consentimiento del afectado debería considerarse irrelevante, de la misma forma que en el sometimiento a esclavitud en general³⁰.

Debe decirse también que la Decisión 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos establece en su artículo 1.2 que «el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos a la explotación prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1». Estos medios a los que se refiere la norma son los siguientes: la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto; el engaño o fraude; el abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso; se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía. Esto quizás dejaría abierta la posibilidad de considerar irrelevante el consentimiento cuando no concurren las circunstancias anteriormente citadas; aunque de todas formas creo que el consentimiento siempre debería ser considerado como irrelevante (por las razones expuestas anteriormente).

(30) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 17. Según apunta esta autora la situación de dominio que sufre la persona traficada viene constituida por una serie de notas: a) situación de necesidad como determinante de la decisión de trasladarse que condiciona la decisión por la búsqueda de la supervivencia; b) dependencia absoluta respecto del transportista durante el traslado, sin posibilidad de incidir en la forma y condiciones del mismo incluso aunque resulten peligrosas o perjudiciales para la vida o la salud; c) clandestinidad o ilegalidad del traslado (este último elemento pretende poner de manifiesto que las condiciones de clandestinidad o ilegalidad son las que generan la especial situación de vulnerabilidad en que se coloca la persona trasladada y que afectan directamente a su libertad y su dignidad).

VI. ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO: LA PUNIBILIDAD DEL TRANSPORTISTA

En cuanto al tipo subjetivo hemos de decir que además de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal («Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»), la propia naturaleza del tipo de injusto impide la comisión imprudente de cualquiera de sus modalidades de conducta, siendo, pues, factible sus ejecuciones sólo a título de dolo directo. Nos encontramos, por tanto, ante un delito esencialmente doloso, debiendo abarcar el dolo tanto el conocimiento de la irregularidad o ilegalidad de los sujetos sobre los que recae la operación de tráfico, como la intención de colaborar en ella mediante actos que supongan su promoción, favorecimiento o facilitación³¹. Para SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, teniendo en cuenta que la incriminación se realiza sobre la base de castigar comportamientos periféricos o de referencia, también habrá de exigirse como componente esencial del dolo de los diversos autores, la conciencia de que sus actos van referidos a un comportamiento principal de tráfico ilegal de personas; esta especial exigencia viene a erradicar la posibilidad de apreciar supuestos de favorecimiento del tráfico ilegal en términos dolosos eventuales³².

Se plantea si sería posible mantener la realización de la conducta típica, además de con dolo directo, con dolo eventual³³, con la finalidad de poder incluir supuestos como el de los conductores particulares o transportistas de mercancías que aceptan trasladar personas a España, admitiendo la posibilidad de que dichas personas carezcan de la documentación necesaria. En estos casos, habría que analizar diversas circunstancias como las condiciones en las que se propone y en las que se lleva a cabo el transporte (por quién, dónde, cómo...), si el transportista comprobó la documentación de esas personas o, en su defecto, si debió advertir a las autoridades del hecho de su transporte³⁴. En opinión de PÉREZ CEPEDA no se aprecia la necesidad de ampliar el delito a los supuestos de dolo eventual; para esta autora, los transportistas que omiten controlar si sus pasajeros tienen los documentos necesarios para la entrada en el país, solamente infringen un deber que dará lugar a una responsabilidad administrativa, según el artículo 54.2.a) de la LOEx,

(31) Así se recoge expresamente por la jurisprudencia, en concreto y de forma más extensa en la SAP de Cádiz, Sec. 7.^a, de 8 de octubre de 2003 (núm. 276/03), donde señala que «... el tipo penal del artículo 318 bis.1 es un delito doloso que requiere, en primer lugar, como elemento normativo del tipo, el dato de que el extranjero carezca de autorización para entrar o residir en España, pues sólo en tal caso puede hablarse de tráfico ilegal de personas; y, en segundo lugar, el conocimiento de tal circunstancia por parte de los sujetos activos que, sabiendo la ausencia de autorización, realizan alguna de las conductas penadas en el precepto. Por lo tanto, para la existencia del delito no bastará con acreditar la participación en un acto de transporte del inmigrante clandestino, sino la conciencia de tal condición y la voluntad de ejecutar la acción prohibida, puesto que ello (conciencia y voluntad) constituye precisamente el dolo penal, y éste pertenece a la esfera subjetiva e interna del agente, y ante la ausencia de confesión podrá quedar acreditado por las circunstancias e indicios concurrentes en el caso concreto».

(32) SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier penal, 2002, pp. 99 y 100.

(33) Recordemos que en el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero «cuenta con él», «admite su producción», «acepta el riesgo», «no le importa lo que pase»... El dolo eventual constituye la frontera entre el dolo y la imprudencia, sobre todo con la llamada imprudencia consciente.

(34) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

pero más allá, el traslado de personas es una actividad penalmente irrelevante, salvo que revista las exigencias que requiere el tráfico ilícito³⁵.

Los órganos judiciales acuden a la prueba indiciaria en los casos en que no exista forma directa de probar este presupuesto del elemento subjetivo analizado, esto es, la conciencia del autor sobre el carácter de inmigrante ilegal del sujeto pasivo. Estos indicios, de diversa índole, suelen venir referidos, por ejemplo, a las propias circunstancias personales de los autores del hecho, las condiciones en que son recogidos los inmigrantes, lugar, número, su apariencia externa, lugar de procedencia o la forma del traslado.

Supongamos el caso de unos inmigrantes que hacen auto-stop y les recoge alguien para trasladarlos de Tarifa a Barcelona, y es evidente que son irregulares a la vista de todo lo anterior y porque se lo dicen ¿hay delito? Pienso que si quien los traslada es un ciudadano ordinario que los traslada sin ningún tipo de interés ni contraprestación alguna no tendría que haber delito. Es cierto que el artículo 318 bis del Código Penal es un precepto con un radio de acción muy amplio; recordemos: «directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite...». Pero para paliar esa amplitud (creo que indeseable en cualquier tipo penal) la interpretación de los elementos del tipo objetivo no puede llevar a incluir conductas inocuas o irrelevantes en relación con el fin de protección pretendido por la norma. Quizás penalmente no tendría que ser un comportamiento relevante (en todo caso habría que ver la afectación a la dignidad de los inmigrantes, las condiciones del traslado...; además, ha de tenerse en cuenta que estamos ante un delito doloso); y tampoco sería susceptible de ser sancionado administrativamente dado que no concurriría el elemento del ánimo de lucro. Tal vez la cuestión sería distinta en el caso de los profesionales del transporte que han de actuar con una especial diligencia debido a la labor que desempeñan.

El ánimo de lucro no es elemento integrante del delito cuestionado, aunque el lucro sea normalmente la finalidad perseguida por sus autores, como tampoco lo es el perjuicio material que se puede irrogar al extranjero por estar expresamente excluido de tipo. De hecho, el ánimo de lucro no aparece en el tipo básico y se configura como una circunstancia agravante del delito que examinamos. Se trata éste de un aspecto muy criticado especialmente teniendo en cuenta que el ánimo de lucro sí que forma parte de la infracción administrativa del artículo 54.1.b) de la LOEx. Tendremos ocasión de profundizar en ello en el apartado dedicado a los problemas concursales.

La aplicación de los distintos tipos cualificados, por su parte, exige que el autor del hecho abarque con su dolo todos sus respectivos requisitos típicos.

Para la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España «no es necesario que concurra ánimo de lucro, elemento subjetivo que de concurrir integrará un subtipo agravado; el delito es esencialmente doloso (*re ipsa in se dolus habet*). No parece ni siquiera posible admitir el dolo eventual, debiendo exigirse dolo directo. La necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la emigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quien ya ha entrado en territorio nacional».

(35) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Inmigración y sistema penal* (RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 135.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Tal y como señala ESCOBAR JIMÉNEZ estamos ante un delito de simple actividad y consumación anticipada: de simple actividad porque se perfecciona con la realización de cualquiera de las posibles conductas de promoción, favorecimiento o facilitación al tráfico; y de consumación anticipada porque el momento de la perfección del ilícito se adelanta al instante mismo de la iniciación del tráfico ilegal, de forma que incluso los supuestos de ejecución parcial serían suficientes para la consumación del delito³⁶. La consumación del comportamiento del sujeto activo necesita de la realización de actos concretos del sujeto pasivo encaminados a su traslado a través de las fronteras españolas. Se trata de exigir los mismos requisitos de eficacia que están presentes en la inducción (promover) y en la cooperación (favorecer, facilitar), esto es, el inicio de una ejecución por parte del sujeto objeto de la inducción y la aportación objetiva al hecho del traslado que debe, al menos, iniciarse³⁷.

En este sentido, la perfección delictiva no exigiría ningún resultado, ni tan siquiera la necesidad de acreditar la efectiva entrada, salida o tránsito del sujeto por territorio español, sino tan sólo la realización de los actos de promoción o favorecimiento, con independencia del posterior desarrollo de la acción que se agotaría con la llegada del sujeto al destino previsto³⁸. El tráfico ilegal, comprende así un conjunto inabarcable de actos que se extienden a lo largo de un período de tiempo más o menos prolongado, que se inicia en el momento en que se ofrece la posibilidad de realizar el traslado, incluye todos los actos de organización y planificación del viaje, su inicio, su desarrollo o finalización con la llegada de los sujetos al lugar de destino³⁹. Así se desprende de los supuestos de hechos descritos jurisprudencialmente⁴⁰. Ha de señalarse que no necesariamente debe culminarse con éxito la llegada de los sujetos al lugar de destino para que tales actividades sean punibles, tal y como señala el Tribunal Supremo.

Debe tenerse en cuenta la Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España⁴¹.

(36) Sin embargo, hay que decir que si se sitúa la consumación en el inicio del desplazamiento que constituye el resultado material, es imaginable la tentativa en aquellos casos en que realizadas las conductas de promoción o favorecimiento, el traslado no llegue a iniciarse; ello es posible por tratarse de comportamientos de participación elevados a la categoría de autoría que, por ello, permiten la punición de la participación intentada (GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 227).

(37) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 226.

(38) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

(39) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

(40) Como en la STS de 14 de mayo de 2003: «Hay que referir este comportamiento punible al hecho mismo del transporte, su organización, su realización o, incluso, la posterior acogida en España en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente».

(41) «Es un tipo de consumación anticipada (STS núm. 556/2005, de 25 de abril), que adelanta la barrera penal al momento en que se facilita o favorece el tráfico. Es también de mera actividad, consumándose por consiguiente con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido (vid. SAP de Las Palmas secc. 2.ª núm. 48/2004, de 22 de marzo; STS núm. 1059/2005, de 28 de septiembre; STS núm. 284/2006, de 6 de marzo). Por ello es irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial o por detectarse el fraude en la propia vía administrativa. El delito se consume aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de llegar a la costa española».

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

Según PÉREZ CEPEDA se pueden admitir los supuestos de tentativa, no siendo necesario acreditar que la víctima del tráfico ilegal o la inmigración clandestina haya efectivamente salido, entrado o transitado por el territorio español. Por ejemplo, cuando en el país extranjero se ofertan los servicios para realizar la inmigración ilegal que son idóneos de afectar la dignidad de los extranjeros, pero no se consigue lo pretendido, porque no acepta las condiciones, sería un supuesto de tentativa. Al igual que, el caso en que ya se han facilitado los medios, por ejemplo, una patera y el conductor está preparado, pero ese día sube la marea y no puede realizarse la travesía. Sin embargo, en la conducta del reclutamiento de personas con el fin de explotarlas sexual o laboralmente, puede mantenerse que se trata de un delito consumado de tráfico ilícito de personas, al entender que realizar un pacto en el que se vende la fuerza del trabajo o la libertad sexual a cambio del cruce de fronteras es ya una conducta idónea para atentar contra la dignidad de los extranjeros⁴².

VIII. EL DELITO DE TRÁFICO FRENTE A OTROS DELITOS E INFRACCIONES RELACIONADAS: PROBLEMAS CONCURSALES

La introducción del artículo 318 bis del Código Penal supuso la superación de algunas de las dificultades existentes en la aplicación de los tipos penales que hasta entonces castigaban la inmigración ilegal, suscitando, no obstante, otros diferentes, en especial con el artículo 313.1 del Código Penal⁴³. El delito recogido en el artículo 313.1 castiga la conducta de promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores a España, mientras que el tipo del artículo 318 bis.1, tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, sanciona al que promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. Si se comparan ambos preceptos puede decirse que la conducta descrita en el artículo 318 bis es más amplia por diversas razones⁴⁴: a) en cuanto a la conducta, el artículo 318 bis incluye la acción de facilitar; b) en cuanto a los sujetos pasivos, éste recae sobre personas extranjeras, sean o no trabajadoras; c) en cuanto al objeto, incluye además de la inmigración clandestina, el tráfico ilegal. La Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles, penales y contencioso administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, señala que: «En los supuestos de tránsito ilegal por territorio nacional o de salida ilegal del mismo de personas, trabajadores o no, se aplicará el artículo 318 bis, al ser supuestos no contemplados expresamente en el artículo 313.1 que se ciñe a la inmigración»⁴⁵.

(42) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Inmigración y sistema penal*, (RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 130.

(43) Con anterioridad a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en nuestro Código sólo se sancionaba la inmigración clandestina de trabajadores a España (artículo 313.1) y la emigración de alguna persona a otro país, suponiendo que se realizaba desde España (artículo 313.2), no estando prevista legalmente la hipótesis que contemplaba nuestro país como un lugar de tránsito hacia otros países, laguna que se colmó con la introducción de las referencias espaciales «desde, en tránsito o con destino a España».

(44) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

(45) De esta forma, se propugna la aplicación del artículo 318 bis en los supuestos en que los ciudadanos extranjeros están ya en territorio nacional, y los autores del hecho, con plena conciencia de que son inmigrantes ilegales, realizan actos de promoción o favorecimiento de la actividad, aun cuando no hayan tenido participación en la operación de traslado desde su país a suelo español. Es decir, no sólo se castiga a quien introduce materialmente a los inmigrantes, sino también a

Conforme a la Circular 1/2002⁴⁶, el artículo 313 es ley especial frente al artículo 318 bis al requerir la condición más restringida de trabajador en el sujeto pasivo, lo cual determina⁴⁷: a) Que en los supuestos de traslados de personas para acceder clandestinamente a territorio español debe sostenerse, en principio, la aplicación preferente del artículo 313 si se tratara de personas que vienen con la clara finalidad de buscar trabajo. Se apoya para ello en el doble principio de especialidad y alternatividad, sin que tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 sea posible ya mantener este último, entre otras razones, por haberse elevado notablemente las penas previstas para el delito castigado en el artículo 318 bis en todos sus apartados; b) El delito se comete con el traslado de una sola persona, de forma que si fueran varias las personas cuya inmigración se facilita y sólo una de ellas tuviera la condición de trabajador, se aplicará el artículo 313, sin que se aplique además, en concurso de delitos, el artículo 318 bis, que quedará embebido en el anterior (artículo 8.3 del CP: «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél»); c) No resultando acreditada la condición de trabajador de ninguno de los sujetos pasivos o no habiendo sido representada dicha condición por el dolo del sujeto activo, será de aplicación el artículo 318 bis.

Es necesario preguntarse si tiene sentido la pervivencia del artículo 313.1 del Código Penal a la luz de la nueva redacción conferida al tráfico ilegal de extranjeros. La situación creada por la aprobación del nuevo artículo 318 bis del Código Penal requiere un esfuerzo interpretativo que permita otorgar autonomía y sustantividad a ambos preceptos penales. Dice VILLACAMPA ESTIARTE que la situación legislativa anterior permitía incluir en el artículo 313 del Código Penal los supuestos de traslado de extranjeros a nuestro territorio con finalidad de que se utilice a los trabajadores trasladados en condiciones de explotación. Sin embargo, dicha opción interpretativa, instrumentada a explicar la relación existente entre las conductas, descritas en los artículos 313.1 y 318 bis del Código Penal, resulta difícilmente sostenible en la actualidad, en que ha entrado en vigor la LO 11/2003. La referida norma, además de incrementar sustancialmente el marco punitivo del tipo básico del delito de tráfico ilegal de personas, ha ampliado las conductas delictivas previstas en el artículo 318 bis del Código Penal. Por ello, sostener, como ha hecho hasta ahora la mayoría de la doctrina, y también la jurisprudencia, que el tipo previsto en el artículo 313 del Código Penal contenía un delito especial aplicable con preferencia al contenido cuanto menos en el tipo básico del artículo 318 bis del CP cuando eran «trabajadores» los trasladados, podría conducir a privilegiar injustificadamente a quien promueve o favorece la inmigración clandestina de éstos en relación con la conducta de quien realiza idéntico comportamiento con «personas»⁴⁸.

quien sin solución de continuidad y ya en territorio español pone los medios para hacer real y efectiva esa introducción.

(46) Circular que junto a la 3/2001 «han de entenderse en vigor en todo lo no afectado por las modificaciones legislativas y por la presente Circular (2/2006)».

(47) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

(48) Hay que tener en cuenta la necesaria distinción de dos conductas de diferente entidad y gravedad: el *smuggling* (inmigración clandestina) y el *trafficking* (tráfico de personas). La previsión de dos espacios normativos independientes permitirían, en abstracto, conferir un ámbito propio a cada una de dichas conductas. Lo ideal sería otorgar al artículo 313.1 del CP la misión de castigar los comportamientos relacionados con la inmigración clandestina, esto es, el auxilio a la entrada, permanencia o tránsito ilegal de trabajadores extranjeros en territorio español. Y reservar el artículo 318 bis para sancionar las conductas más graves de tráfico ilegal de personas, esto es, los traslados de extranjeros en condiciones de indignidad (con «cosificación»).

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

Debido a que el artículo 318 bis del Código Penal incluye como conductas no ya sólo la promoción, el favorecimiento o la facilitación, de manera directa o indirecta del tráfico ilegal, sino también de la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, quizás la solución menos conflictiva hubiese sido la supresión del artículo 313.1 del CP, con eventual inclusión de un tipo cualificado en el artículo 318 bis del Código Penal cuando los sujetos pasivos son los trabajadores. El principio de conservación de normas nos obliga a buscar una interpretación que resuelva la situación sin afirmar la inaplicabilidad del artículo 313.1 del Código Penal. En mi opinión la Fiscalía General del Estado se equivoca cuando dice, en su Circular 1/2002, que el artículo 313 es ley especial frente al artículo 318 bis. La relación entre el tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal y el artículo 313.1 no sería de especialidad, a pesar de que en el primero se haya incluido la inmigración clandestina, si ésta se identifica en el 318 bis no con la mera promoción o favorecimiento de la entrada o permanencia irregular, sino con la realización de dicho comportamiento con aprovechamiento de la situación de necesidad genérica padecida por el inmigrante, que no se requeriría en la inmigración clandestina del artículo 313 del Código Penal. Por ello, cuando concurre el aprovechamiento de dicha situación se procedería a la aplicación del precepto contenido en el artículo 318 bis del Código Penal, quedando el artículo 313 para los supuestos de inmigración irregular de trabajadores sin afectación a la dignidad. De tal forma, aun a pesar de las últimas modificaciones introducidas en el artículo 318 bis del Código Penal, no se renunciaría a ver en el artículo 318 bis un delito contra la dignidad humana, mientras que el 313 se perfilaría más bien como un tipo protector de la política estatal de flujos migratorios de trabajadores⁴⁹.

La Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, haciéndose eco de la existencia de una defectuosa técnica legislativa, se refiere a las relaciones entre el artículo 313 del CP y 318 bis del CP⁵⁰. Si concurre una conduc-

(49) Por tanto, convendría interpretar restrictivamente ambos preceptos. En relación al artículo 318 bis del CP, la conducta típica debería abrazar únicamente aquellos supuestos en los que el tráfico de extranjeros se lleve a cabo con afección a la dignidad, con independencia de la condición o no de trabajadores de los sujetos víctimas de él. Así, se evitaría la criticable equiparación entre conductas (el tráfico y la emigración clandestina) que tienen una significación y una gravedad distinta. En relación al 313.1 también debería llevarse a cabo una interpretación de carácter restrictivo. En este caso, la limitación implicaría reservar su ámbito de aplicación sólo a los supuestos de inmigración clandestina, esto es, la ayuda o auxilio a la entrada, tránsito o permanencia irregular de trabajadores extranjeros, siempre y cuando ésta se llevara a cabo sin afección a su dignidad y con la intención de explotarlos laboralmente. En todo caso, debe destacarse que las conductas de *smuggling* deben o deberían quedar fuera del derecho penal. Su sanción podría materializarse adecuadamente a través del derecho administrativo y, en su caso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 311 del Código Penal, que se ocupa de tutelar los derechos fundamentales laborales de trabajadores españoles y extranjeros.

(50) «Se ha incurrido en una defectuosa técnica legislativa, pues debió haberse suprimido expresamente el tipo del artículo 313.1 incorporando en su caso un nuevo subtipo agravado en el artículo 318 bis cuando la conducta tuviese por objeto la explotación laboral (más que la inmigración clandestina de trabajadores, pues no parece que tal finalidad sin más suponga un plus de antijuridicidad ni de culpabilidad). Parece claro, no obstante, que el objetivo del Legislador –pese a la defectuosa plasmación final– se orientaba hacia un tratamiento unificado de estas conductas a través del nuevo artículo 318 bis. Tal propósito tiene una explícita formulación en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 en la que se declara que el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de que sean o no trabajadores– será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Por lo demás, puede defenderse que la referencia a la inmigración clandestina de trabajadores contenida en el artículo 313.1 del CP ha dejado de ser un elemento especializante en relación con el tipo básico del artículo 318 bis. En efecto, habiéndose incorporado al artículo 318 bis junto al tráfico ilegal la referencia a la inmigración clandestina de personas, puede concluirse con que siendo consustancial a la inmigración el desplazamiento de una persona de su país con el fin de buscar trabajo, el concurso de normas entre ambos tipos ha de resolverse no conforme al principio de especialidad, sino conforme al principio de

ta subsumible en alguno de los subtipos agravados del 318 bis y conforme al artículo 313.1 del CP, habrá de optarse por la aplicación del primero, pues en estos casos es claro que no existe ya una relación tipo general-especial, dado que ambos incorporan elementos especializantes, por lo que devendrá aplicable, conforme al principio de alternatividad, el artículo 318 bis. Más complejo es el supuesto en el que concurra una conducta subsumible en el tipo básico del artículo 318 bis y en el artículo 313.1 del CP. En una primera aproximación podría entenderse de preferente aplicación este último, como tipo especial, en tanto aparentemente aporta una singularidad en cuanto al sujeto pasivo del delito no contenida en el artículo 318 bis. Sin embargo, debe repararse en que si con carácter general el fundamento de la aplicación preferente de los tipos especiales radica en que éstos valoran con más precisión la conducta típica, en estos casos el tratamiento privilegiado que el artículo 313 otorga a las conductas de tráfico de emigrantes carece de justificación.

En relación al artículo 312, los problemas se han incrementado igualmente tras la reforma del artículo 318 bis, pues la conducta prevista en el párrafo primero («los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra»), en los casos en los que exista un previo desplazamiento de un país a otro, plantea la existencia de un concurso de normas que tendrá que resolverse a favor de la aplicación del artículo 318 bis, tanto por la aplicación del principio de especialidad, al ser el sujeto pasivo un ciudadano extranjero, como del de proporcionalidad (de 2 a 5 años y multa para el artículo 313 frente a la pena de 4 a 8 años de prisión para el delito del artículo 318 bis). Por su lado, los supuestos recogidos en párrafo segundo del artículo 312 pueden rozar, en algunos casos, el ámbito de aplicación del artículo 318 bis, debiendo distinguir, por un lado, el primer inciso («quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas») que plantea la existencia de un concurso de normas que puede resolverse fácilmente con arreglo al principio de alternatividad, pero con mucha dificultad si tenemos en cuenta el de especialidad. Y, por otro, el inciso segundo («quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual»), que nos lleva a plantearnos la existencia de un concurso real de delitos si ha sido necesario procurar el traslado ilegal de los extranjeros para realizar el supuesto de hecho que contempla, siendo indiferente, dada la amplitud de las conductas del artículo 318 bis, que el empleador haya participado materialmente o no en la operación de tráfico.

También se produce en la práctica la aplicación del concurso delictivo del artículo 318 bis, con una diversidad de delitos mediales perpetrados para su consecución, destacando entre ellos los siguientes: concurso medial con el delito de falsedad en documento oficial (STS de 25 de julio de 2003, SAP de Málaga, Sec. 7.ª, de 21 de febrero de 2003), concurso medial de delito continuado de falsedad en documento oficial con delito continuado del artículo 318 bis (SAP de Málaga, Sec. 7.ª, de 30 de abril de 2002), concurso medial con delito de cohecho (SAP de Málaga, Sec. 7.ª, de 21 de febrero de 2002).

Puede producirse una colisión entre los artículos 318 bis apartado segundo y 188.1 a la hora de sancionar penalmente una conducta. Recordemos que el artículo 188.1 del Código Penal establece que: «El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una

alternatividad, deviniendo de aplicación preferente el artículo 318 bis. En tanto no se consolide un criterio jurisprudencial en sentido contrario, los Sres. Fiscales mantendrán la aplicación preferente del tipo del artículo 318 bis del CP respecto del contenido en el artículo 313.1 del CP».

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma». Vemos que:

- a) La conducta típica del artículo 318 bis del Código Penal se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación sexual llegue a tener lugar y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas de alguna forma a prestarse a ello.
- b) Por su parte la conducta típica contenida en el artículo 188.1 del Código Penal, requiere la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas, aun cuando ésta se realice con la finalidad de explotación sexual.

La STS 484/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 29 de mayo hace referencia a las diferencias entre el artículo 318 bis 2 y el artículo 188.1 del Código Penal⁵¹. También puede mencionarse la STS 380/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 10 de mayo⁵².

El tipo cualificado que se aborda es un delito pluriofensivo, en el que junto al peligro propio del tipo básico se sanciona el peligro para la libertad sexual contenido en la orientación del tráfico ilícito a la explotación sexual. Ello hace que no sea necesaria la concreta explotación sexual de las personas, de modo que, producida ésta, entran en aplicación conjunta otros tipos penales. Así, si la persona víctima del tráfico es, además, determinada a prostituirse o se obtiene lucro

(51) «Sin embargo, la conducta típica contenida en el artículo 188.1.^o requiere algo más, consistente en la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, actos ejecutados empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de situaciones de superioridad, necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas aun cuando se realice con la finalidad de explotación sexual. Sin embargo, la cuestión es diferente en lo que se refiere al ánimo de lucro. La prostitución ha sido definida como la prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio generalmente consistente en una gran cantidad de dinero. Sin duda, el Código se refiere a la prostitución cuando considera como agravante la finalidad de explotación sexual. En cualquier caso, una finalidad de explotación es inherente al ánimo de lucro del explotador. Por lo tanto, la existencia de ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone».

(52) «Frente a tales bienes jurídicos protegidos es patente que el artículo 188.1 del CP trata de salvaguardar otros diferentes, pues lo que se castiga en él es el constreñimiento o coacción para el ejercicio de la prostitución con propósitos lucrativos, doblegando la voluntad de la víctima. Es un delito contra la libertad sexual, como se desprende de la rúbrica en que se halla ubicado (...) Pero todavía existen otras diferencias estructurales entre el tipo del artículo 318 bis y el 188.1 del CP. Así, en el primero de los citados el sujeto pasivo del delito pueden ser varias personas, esto es, se configura un sujeto pasivo plural, aunque también se comete el delito cuando la conducta ilícita se refiere a una sola persona. El delito del artículo 188.1 del CP, a su vez, se comete contra un sujeto pasivo individual, de tal suerte que por cada una de las personas a las que se obliga a ejercer la prostitución debe computarse la comisión de un delito».

con su prostitución, estaremos ante un concurso real de delitos con el artículo 188.1 del Código Penal⁵³. En general, los delitos relativos a la prostitución de los artículos 187 y siguientes son aplicables a los comportamientos posteriores al desplazamiento de las personas a través de las fronteras españolas, puesto que los delitos de este artículo 318 bis giran en torno a la promoción de dicho desplazamiento y se consuman cuando éste se inicia. Recordemos que el concurso real se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo. Cada acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de acumulación. Pero hay que decir que este principio, entendido de un modo aritmético, conduce, si no se limita de algún modo, a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica.

Es posible encontrar alguna sentencia en la que se resuelve la colisión entre los dos delitos interpretando que existe un delito de prostitución del artículo 188.1 del Código Penal en concurso medial del artículo 77 con el artículo 318 bis apartado 2; así, la muy interesante solución a la que llega la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5) número 261/2005, de 7 de junio⁵⁴.

Igualmente se producen casos de concurso real del delito previsto en el artículo 318 bis con otros tipos penales (delito de detención ilegal, de extorsión, de amenazas...). Los casos de creación de peligro personal del número 3 del artículo 318 bis seguidos de muerte o lesiones de las víctimas son calificables como homicidio o lesiones en concurso ideal con el tipo básico del número 1. Sin embargo, sigue aplicándose el tipo cualificado del número 3 para la puesta en peligro de las restantes personas cuyo traslado se fomenta o favorece y que hayan salido indemnes⁵⁵.

Por último, debemos mencionar los problemas entre el artículo 318 bis del CP y el artículo 54.b) de la LOEx⁵⁶. Tal y como señala GARCÍA ARÁN la redacción recogida parte de la posible coinci-

(53) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 1465/2005, de 22 de noviembre: «Una vez en territorio nacional, se emplearon diversos métodos coactivos sobre ellas para lograr doblegar su voluntad hasta alcanzar la pretendida finalidad de explotarlas sexualmente con ánimo de lucro, finalidad perseguida por Santiago desde un primer momento que permite considerar la acción descrita como típica y subsumible en el artículo 318 bis en sus apartados 1 y 2 del Código Penal. En otro orden de cosas, la efectiva explotación sexual cometida no absorbe por progresión delictiva el tipo penal del artículo 318 bis 2, dando lugar para el acusado Santiago a un concurso entre el delito abstracto cuestionado y el castigo penal de cada concreto acto de explotación sexual, por el que ha sido condenado al amparo del artículo 188.1 del CP».

(54) «No cabe duda que los hechos descritos suponen empleo de violencia y abuso de situación de necesidad y vulnerabilidad de la víctima, para determinar a ésta al ejercicio de la prostitución. Por otra parte, no cabe aplicar simultáneamente el tipo penal del artículo 318 bis, apartado 2 (inmigración con fines de explotación sexual), y el artículo 188.1 relativo a la prostitución. Pues si ya estamos penando de forma agravada la inmigración por el mero hecho de ejecutarla con fines de prostituir a una persona, no cabe penarla de nuevo cuando el tipo penal de prostitución es ejecutado por la misma persona que ha introducido a la víctima en el territorio nacional con tales fines. Ante ello, y partiendo de que estamos ante un concurso de normas y no de delitos, caben dos posibilidades. O aplicar sólo el artículo 318 bis del CP y excluir la aplicación del tipo penal de prostitución del artículo 188.1 del Código Penal, o, en otro caso, aplicar ambos tipos penales pero excluyendo la agravación específica del artículo 318 bis apartado 2. De forma que sólo aplicaríamos los apartados 1, 3 y 6 de ese último precepto y no el apartado 2. Nos inclinamos por esta última posibilidad al aplicar el delito de inmigración sin comprender en él el riesgo de explotación sexual, y en cambio aplicarle conjuntamente (principio de consunción) el delito de resultado previsto en el artículo 188.1, puesto que el riesgo de la explotación sexual de la víctima llegó realmente a consumarse. No se da así vulneración del principio del *non bis in idem*, dado que sólo tenemos en cuenta la agresión del bien jurídico, libertad sexual, mediante la aplicación del artículo 188.1 y no en virtud del artículo 318 bis del Código Penal».

(55) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 241.

(56) Según el artículo 54.b) de la LOEx constituye infracción muy grave «inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

dencia entre la infracción administrativa y lo descrito en el Código Penal, pretendiendo que la infracción administrativa ocupe un espacio residual dejado por los comportamientos punibles («siempre que el hecho no constituya delito»). Sin embargo, su mera lectura indica que la labor de diferenciación de uno y otro ámbito está llena de dificultades para el intérprete, a cuya función se deja sin proporcionar criterios delimitadores, sino al contrario, enturbiando los que son habituales en estos casos. Conculcando todos los principios de distinción entre el ámbito administrativo y el penal, el artículo 54.b) de la LOEx selecciona para la infracción administrativa los comportamientos más graves constituidos por el ánimo de lucro que, en cambio, no se incluyen en el tipo básico del artículo 318 bis, sino en el tipo agravado de su número tercero. Al incluirse la nota de ánimo de lucro tanto en la infracción administrativa del artículo 54.1.b) de la LOEx como en el tipo agravado del artículo 318 bis 3 del Código Penal, no puede utilizarse como diferenciadora entre ambas infracciones. Ello obliga a acudir al criterio de la afectación al bien jurídico como delimitador entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Hay que tener en cuenta que los ámbitos penal y administrativo están plenamente definidos desde el momento en que los bienes jurídicos son diferentes, aunque la *ratio legis* de los preceptos sea la misma⁵⁷. Así, el delito se caracteriza por la aptitud de los comportamientos para poner en peligro los derechos de las personas inmigradas, afectación que no está presente en la infracción administrativa de una ley que se dirige a la protección de las fronteras y el control de los flujos migratorios. Pero aun así nos encontramos con una laguna punitiva. En los supuestos en que no exista peligro para los derechos de los inmigrantes, pero se favorezca su inmigración sin ánimo de lucro resultan impunes penal y administrativamente: por no existir peligro para derechos individuales no constituyen delito y por no existir ánimo de lucro, no suponen infracción administrativa⁵⁸. Una vez aprobada la LO 14/2003, de 20 de noviembre, el ámbito de aplicación de este precepto se amplía, quizás de forma excesiva, en la medida en que la nueva redacción del artículo 54.1.b) incluye como ilícito administrativo cualquier tipo de favorecimiento con ánimo de lucro para que la inmigración clandestina permanezca en el territorio nacional. Ahora, las conductas tendentes a facilitar y favorecer la estancia de inmigrantes irregulares, como el alquiler de una vivienda, la venta de alimentos, la prestación de asesoramiento jurídico... podrían ser sancionadas administrativamente⁵⁹. Se trata de una norma sancionadora excesiva en cuanto a los hechos susceptibles de sanción. De hecho, creo que su adecuación con el principio de proporcionalidad puede resultar cuestionable. ¿Es razonable sancionar a alguien por el hecho de, por ejemplo, vender alimentos a un irregular? ¿Entra dentro de los límites de la proporcionalidad sancionar a alguien que alquila una vivienda a un irregular aunque de alguna forma esa conducta contribuya a la permanencia del irregular en territorio español? ¿Realmente ese tipo de conductas son de suficiente entidad para atentar contra la protección de las fronteras y el control de los flujos migratorios? Habrá, sin duda, de examinarse detenidamente caso por caso y decidir si la conducta enjuiciada puede atentar contra los flujos migratorios y la protección de las fronteras [que es lo defendido por el artículo 54.1.b) de la LOEx]. Pero ese enjuiciamiento deberá estar siempre presidido por un escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad para así evitar sanciones que puedan considerarse injustas o excesivas.

destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito».

(57) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Inmigración y sistema penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 123.

(58) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 228.

(59) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Inmigración y sistema penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 124.

IX. LA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN EL TRÁFICO DE PERSONAS DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CP

Promover o facilitar el tráfico ilegal de inmigrantes con el fin de explotarlos sexualmente supone, incluso con su consentimiento formal, tratarlos como mercancías destinadas a la satisfacción de necesidades y como objeto de un negocio abusivo. La reforma penal ha creado un tipo agravado excesivamente escueto y, en consecuencia, peligrosamente amplio, olvidando que el delito de tráfico sexual lleva unido, como presupuestos consustanciales, una serie de elementos que determinan el empleo de medios comisivos ilegales tanto a la hora de localizar y/o convencer a sus víctimas, como a la de trasladarlas de un país a otro y establecerlas en el lugar en el que se pretende culminar la dinámica delictiva. Esos medios, que se especificaban en el antiguo artículo 188.2 («empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima»), se han obviado por el legislador en este punto, pasando a convertirse en circunstancias, junto con otras, que cualifican genéricamente tanto las conductas del tipo básico como las de este apartado segundo⁶⁰. Por lo tanto, ¿resulta desproporcionado que se aumente nuevamente la penalidad cuando concurren los medios comisivos que normalmente acompañan a la conducta descrita al formar parte de su propia dinámica? Tal y como señala ESCOBAR JIMÉNEZ el supuesto previsto en este apartado será difícilmente aplicable sin la presencia de sus elementos característicos, lo cual nos llevará irremediablemente a la necesidad de recurrir a lo dispuesto en el apartado tercero en el que se prevé una nueva agravación de la pena (la mitad superior del tramo previsto en el apartado segundo); de esta forma, la pena resulta absolutamente desproporcionada ya que un precepto creado para la regulación de un delito concreto con una pena determinada (de 5 a 10 años), al ser despojado de sus propios presupuestos, que se transforman en elementos agravatorios independientes, se convierte en una figura hiperagravada con una pena superior (de 7 años y medio a 10 años); de esta forma, el legislador asegura el castigo de esta conducta en cualquier caso, incluyendo los supuestos en que la persona cuyo tráfico se favorece, desee libremente el ejercicio de la prostitución, aunque el autor se beneficie a posteriori de dicho ejercicio y no se empleen medios coactivos⁶¹.

Hay que referirse al significado de «con el propósito de la explotación sexual». La «explotación sexual» no debe entenderse como actividad realizada sin el consentimiento formal de la víctima, es decir, con la concurrencia de engaño, violencia, intimidación o abuso de la especial vulnerabilidad de ésta (casos en los que se les obliga a la actividad sexual para saldar las deudas contraídas o a través de las amenazas...; aunque de todas formas, ya hemos dicho anteriormente que el consentimiento de la víctima en este delito ha de ser considerado o debería ser considerado irrelevante por la especial vulnerabilidad de la persona traficada). Tampoco debe entenderse como la realizada con ánimo de lucro (con o sin abuso económico). Todas estas circunstancias aparecen como tipo agravado en el párrafo tercero. Existirá explotación sexual, pues, incluso en aquellos casos en los que la finalidad es pagar al inmigrante con una contraprestación adecuada. Apunta BAUCCELLS LLADÓS que pese a que sería mucho más razonable incluir las agravantes en el tipo básico, el principio de vigencia obliga a interpretar el concepto de explotación de este modo. En definitiva, podría defenderse que la reforma ha optado por un

(60) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

(61) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

concepto de explotación (alineado con el de los textos internacionales) consistente en someter a las personas a una situación de «esclavitud sexual». Ésta puede darse a través del engaño, la violencia, la intimidación o el abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima, pero la esclavitud puede concurrir también con su consentimiento formal. Es precisamente a estos casos a los que alude el tipo básico del apartado segundo en los que el consentimiento formal de la víctima se conseguirá abusando de la necesidad de ésta⁶². Vemos, pues, que parece que para BAUCELLS LLADÓS el consentimiento de la víctima no es irrelevante.

BAUCELLS LLADÓS afirma que un caso de posible «promoción directa» lo representa el del cliente respecto a quien las posturas abolicionistas de la prostitución han pretendido ver su criminalización en el artículo 318 bis 2 del Código Penal. Este autor destaca que existen cuatro argumentos fuertes para fundamentar la falta de responsabilidad de éstos⁶³: A) En primer lugar, el Consejo General del Poder Judicial en su informe relativo a este artículo apuntó que «el riesgo de que se pueda incluir también a los clientes que demandan o utilizan los servicios de índole sexual, parece que ha quedado obviado por una constante jurisprudencia que ha considerado siempre tal demanda como atípica y que ha entendido que los indicados clientes sólo responderán de las conductas de agresión o abuso sexual que, en su caso, cometan»; B) En segundo lugar, su posible criminalización supera las legítimas pretensiones de la intervención penal. Su aportación será insignificante y, sobre todo, difícilmente determinable y cuantificable en relación a los actos de tráfico; C) En tercer lugar, en otros países donde se ha querido criminalizar la conducta del cliente (por ejemplo, Suecia), ésta se ha realizado expresamente; D) La conducta del cliente será siempre un acto de participación en conductas de tráfico ya consumadas y, por tanto, impune.

En todo caso no debemos olvidar que el tráfico de personas va íntimamente vinculado a la prostitución. Eso significa que la regulación que se adopte al respecto de la prostitución (legalización como ocurre en Alemania u Holanda; o apostar por la vía sueca: sancionar al cliente) incidirá en la lucha contra el tráfico de personas. Sin embargo, no puede perderse de vista que incluso regulando la prostitución no llevará consigo la desaparición del delito de tráfico de personas (Holanda es un buen ejemplo, aun existiendo una regulación de la prostitución siguen dándose casos de personas traficadas para su posterior explotación sexual).

X. LOS DELITOS CUALIFICADOS DE TRÁFICO DE LOS APARTADOS 3 Y 4 DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CP

A) Ánimo de lucro

Por tal debe entenderse el propósito de obtener una contraprestación, ventaja o beneficio económicos, esto es, el concepto general de lucro tal y como lo entiende la jurisprudencia. También puede entenderse ánimo de lucro como aquel elemento subjetivo que orienta la actividad del sujeto a la consecución de un provecho, remuneración o ventaja de tipo económico. Como siempre que se utilizan estos términos, no es necesario que el lucro llegue a obtenerse efectiva-

(62) BAUCELLS LLADÓS en *Inmigración y sistema penal* (RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 198.

(63) BAUCELLS LLADÓS en *Inmigración y sistema penal* (RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 194.

mente. Como las restantes agravaciones, es aplicable, según el tenor legal, a los comportamientos de los números anteriores y por ello a la promoción del tráfico con propósito de explotación sexual. Sin embargo, en realidad, sólo podrá aplicarse a quien pretende lucro por el hecho de promover o favorecer la inmigración destinada a tal fin, sin perseguir él mismo dicha explotación. Si el promotor es quien pretende posteriormente explotar sexualmente a las personas, en dicho propósito se incluye el ánimo de lucro y no se le puede aplicar esta agravante por impedirlo el principio *non bis in idem*⁶⁴.

En cuanto al contenido del ánimo de lucro, tanto puede proponerse⁶⁵, por un lado, restringirlo de modo que se excluyan cualesquiera móviles morales o ideales que pudieran incluirse en este ámbito, como por el contrario ampliarlo, admitiendo su aplicación en los casos en los que el lucro posible a derivar del tráfico actúe como móvil específico del comportamiento del sujeto, abarcando supuestos próximos a los que son propios de la circunstancia de precio, recompensa o promesa.

Como elemento subjetivo que es, ante una falta de constancia objetiva de éste por confesión del autor o la prueba testifical, su presencia o su exclusión puede deducirse de las circunstancias concurrentes⁶⁶.

El tipo cualificado de ánimo de lucro se aplicará cuando el beneficio económico se pretende obtener del desplazamiento migratorio. Asimismo hay que decir que no será aplicable en aquellos supuestos en que dicho desplazamiento haya finalizado, por lo que se considerarían atípicas aquellas conductas que facilitan con ánimo de lucro, por ejemplo, el alojamiento, la permanencia de un ciudadano extranjero de forma irregular en este país.

B) Violencia, intimidación o engaño

Estos medios comisivos suponen la anulación o el vicio del consentimiento de la persona inmigrada (repetimos que el consentimiento debería ser considerado irrelevante, pero eso no quiere decir que estemos en lo cierto), que toma la decisión de trasladarse sin plena libertad. La *violencia*, equivalente a la *vis física* debe recaer sobre las personas coaccionadas y obligadas a des-

(64) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 233. Puede mencionarse, además, la Sentencia Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2) número 7/2005, de 23 de junio: «Conforme a lo expuesto, la ventaja económica que se erige en el móvil de la ilícita actuación de los cuatro acusados está directamente supeditada a la prostitución de las ciudadanas brasileñas captadas, de donde se desprende con nitidez que la finalidad última de la introducción ilegal de las inmigrantes es su explotación sexual, resultando de aplicación el párrafo segundo del artículo 318 bis. Puesto que la finalidad lucrativa apreciada conlleva la aplicación del supuesto específico del párrafo segundo, en la medida en que el rendimiento económico obtenido es el producto del reprochable aprovechamiento de los servicios sexuales de las inmigrantes, no puede volverse a apreciar esta misma finalidad lucrativa para aplicar nuevamente el párrafo tercero que, en cualquier caso, debe quedar excluido, al no haber resultado acreditada la concurrencia de violencia, intimidación o abuso».

(65) ESCOBAR JIMÉNEZ: Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

(66) Así, la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España recoge jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se sostiene que «Para acreditar el ánimo de lucro puede acudirse a la prueba de indicios. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo considera que se puede inferir, sin riesgo a equívoco alguno, que la actividad de los denominados "motores humanos" es siempre retribuida. Ninguna persona llevaría a cabo un traslado tan arriesgado para la vida, exponiéndose a sufrir una condena de 6 años... por simples razones altruistas y sin tener ninguna relación personal o familiar con el emigrante (STS núm. 1039/2005, de 22 de septiembre)».

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

plazarse. La *intimidación*, como *vis psíquica* compulsiva, supone el forzamiento de la decisión mediante el temor o la amenaza. Por tanto, estas circunstancias absorben a los delitos de coacciones y amenazas. El *engaño* supone la determinación de la decisión del inmigrante mediante informaciones falsas que le proporciona quien promueve o favorece su inmigración. El engaño recae sobre el mismo hecho de la inmigración y con ello basta para integrar la agravación. Por tanto, de producirse además un perjuicio patrimonial cabe el concurso de delitos como la estafa puesto que el tipo ahora analizado no incluye el desvalor del atentado patrimonial⁶⁷.

Estos elementos tienen un sentido prácticamente instrumental en tanto se utilizan para la realización del acto ilícito. Encuentran su fundamento en un aumento del desvalor del injusto por cuanto suponen un atentado directo a la voluntad del sujeto pasivo como consecuencia del doblegamiento de su voluntad por el uso de las diversas formas de fuerza, física o moral, o por la introducción de un vicio especialmente relevante en la formación de su voluntad⁶⁸ o en la prestación del consentimiento. El engaño, la violencia y la intimidación suelen utilizarse frecuentemente por los autores penales una vez que ya se ha producido el traslado (o en el curso de éste), hecho que normalmente es propiciado por las propias víctimas o, al menos, con el que éstas están de acuerdo. Sin embargo, son las condiciones o circunstancias posteriores lo que las víctimas desconocen o no desean y les son impuestas, y en donde comienzan a vulnerarse todos sus derechos. También es posible que la violencia o la intimidación se proyecten sobre un tercero, como sucede cuando se ejerce sobre los familiares del inmigrante, aún residentes en su país, provocándoles daños físicos para que aquél cumpla con lo prometido, o bien exigiéndoles una cantidad de dinero para ponerlo en libertad. Estas situaciones pueden provocar la existencia de concursos con otras figuras delictivas tales como coacciones, amenazas, extorsión, detención ilegal...⁶⁹

C) Abuso de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima

Señala GARCÍA ARÁN que dicha situación de desigualdad entre autor y víctima debe ser suficiente como para condicionar la decisión de la segunda. En todo caso de superioridad existe vulnerabilidad de la víctima, (precisamente, ante dicha situación de superioridad), pero la mención separada deja abierta la puerta a otras situaciones de vulnerabilidad no determinadas por la superioridad del autor que, en todo caso, son difíciles de precisar. Siendo vulnerable todo aquel que emigra por necesidad, en esta circunstancia pueden tener cabida situaciones que concurren de modo especialmente intenso, esto es, «*especial*», según el texto legal, así como condiciones de debilidad que no encajan en el concepto de incapaz. En cualquier caso, no basta con que la superioridad o la vulnerabilidad existan, sino que es necesario que el autor las conozca y se prevalga de ellas, lo que se incluye en el término «abuso». Al igual que ocurre con el engaño, la violencia y la intimidación, puede decirse que encuentra su fundamento en un aumento del desvalor del injusto por cuanto suponen un atentado directo a la voluntad del sujeto pasivo como consecuencia del doblegamiento de su voluntad por el uso de las diversas

(67) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 234.

(68) SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier penal, 2002, pp. 107 y 108.

(69) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

formas de fuerza, física o moral, o por la introducción de un vicio especialmente relevante en la formación de su voluntad o en la prestación del consentimiento⁷⁰.

Y aunque dentro de la circunstancia de especial vulnerabilidad de la víctima podría haberse entendido que quedaban englobados los menores e incapaces, el apartado tercero los recoge expresamente. Por menor de edad habrá que entender el menor de 18 años, por ser el límite que se establece en España, independientemente de que lo sea o no en su país de origen⁷¹.

D) Puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas

La expresión «poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas» apunta a la puesta en peligro concreto de tales bienes jurídicos. Ello significa que las condiciones del traslado deberían generar una situación real de riesgo demostrada procesalmente, sin que baste la presunción de que son condiciones arriesgadas en abstracto. Sin embargo, la *ratio legis* del precepto se ubica claramente en determinadas condiciones del traslado que son, en sí mismas, arriesgadas, como ocurre sin duda en el traslado marítimo mediante frágiles embarcaciones atestadas de pasajeros o en el transporte terrestre en vehículos igualmente atestados que ocultan a los inmigrantes en habitáculos casi impracticables⁷². Se recoge así un supuesto de peligro concreto para los bienes jurídicos enumerados que encuentra su fundamento en el carácter esencial de éstos que repercute en un aumento objetivo de la antijuricidad del comportamiento. Desde el punto de vista doctrinal⁷³ se establecen los siguientes presupuestos para su aplicación: 1) el peligro concreto se caracteriza por la especial vinculación entre la situación de riesgo y el hecho de quedar afectados los bienes jurídicos mencionados, de forma que no bastará que las condiciones y medios con que se realiza el transporte sean genéricamente arriesgadas, sino que habrá que comprobar que realmente existió una situación de peligro efectivo para la vida, integridad o salud de alguna o algunas de las personas objeto de él; 2) no es necesario que resulten implicados en las circuns-

(70) Según ESCOBAR JIMÉNEZ lo que supone un mayor reproche penal no es esa situación en la que se encuentran muchos inmigrantes y en la que no influye la conducta del autor del hecho, sino más bien las circunstancias en las que se desarrolla el traslado y permiten a aquél aprovecharse en su beneficio de su posición claramente desfavorable; así, desde el momento en que un extranjero desea trasladarse a otro país y asume el hecho de hacerlo irregularmente, se somete a todas las condiciones impuestas por la persona que va a propiciar el tránsito, tanto económicas como de otra índole, asumiendo una postura de manifiesta inferioridad provocada por el desconocimiento y la clandestinidad con que se desarrolla el viaje, situación que se verá agravada a medida que se vaya avanzando en el plan diseñado.

(71) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 234.

(72) La cuestión radica entonces en establecer si las condiciones del traslado suponen ya una puesta en peligro concreto de los derechos enunciados o si es necesario, además, probar que efectivamente existió peligro o si por el contrario, todo se desarrolló como una plácida travesía. Puede pensarse que las actuales condiciones en que hoy se produce el traslado clandestino de inmigrantes impiden afirmar que determinadas formas de transporte como las enunciadas son sólo peligrosas en abstracto y que debe probarse, además, que en el caso concreto existió un peligro personal específico. Las condiciones realmente inhumanas del traslado suponen en sí mismas una puesta en peligro concreto y real (que no puede negarse en el hecho de cruzar el Estrecho en patera), aunque dicho peligro no se haya incrementado a lo largo del traslado. En suma, la expresión «poniendo en peligro...», debe ser interpretada en el sentido de establecer condiciones de traslado que en sí mismas suponen un peligro efectivo y, en ese sentido, concreto. Según señala PÉREZ CEPEDA en cuanto a la apreciación del peligro que fundamenta la aplicación de este tipo cualificado, debe atenderse no sólo a la peligrosidad inherente al medio de transporte, sino que al configurarse como un delito de peligro concreto, no basta con que el medio empleado para el transporte sea peligroso, sino que se exige la efectiva puesta en peligro para la vida, salud o integridad de algunas personas.

(73) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

tancias del traslado todas las personas afectadas, siendo suficiente con que, al menos, uno de los sujetos haya visto comprometidos alguno de los bienes individuales objeto de protección; 3) las personas cuyos bienes jurídicos son expuestos deben ser los propios sujetos sobre los que recae el tráfico, quedando excluidos los terceros ajenos a éste; 4) la referencia anterior a la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 a que la puesta en peligro de los bienes jurídicos debía producirse *en la comisión de los hechos*, que motivaba una interpretación restrictiva del momento en que podía ser aplicada, ha sido sustituida por la cláusula genérica *los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los apartados anteriores... poniendo en peligro...*, por lo que resultan englobadas todas las facetas de la operación de tráfico prevista, si bien se aplica generalmente al momento en que ésta se materializa, ya que es cuando puede quedar comprometida la vida, la salud o la integridad de los sujetos pasivos.

En materia de concursos hay que señalar que, cuando se llega a producir un resultado de muerte o lesiones, existirá un concurso ideal de delitos entre el tipo básico de tráfico ilegal o inmigración clandestina (artículo 318 bis del CP) y el correspondiente delito de lesiones u homicidio imprudente consumado.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS de 28 de junio de 2002 (núm. 1248/02) señala que la determinación de la concurrencia de esta circunstancia «debe ser obtenida por el Tribunal mediante un juicio de inferencia deducido del análisis de los datos y circunstancias fácticas que figuren en el relato histórico, toda vez que, en puridad, tal peligro no es en sí mismo una realidad material directamente perceptible por los sentidos, sino, en su caso, el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis... debiendo concluirse que el pronunciamiento inferido por el Tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano». Así, el Tribunal Supremo considera como elementos fácticos del análisis realizado las características de la embarcación (patera), número de personas transportadas, el tratarse de una travesía por alta mar en pleno Océano Atlántico desde el litoral de Marruecos a las Islas orientales Canarias cuya singladura suele durar dos días, y la existencia o no de mínimos elementos de seguridad y de ayudas a la navegación en la embarcación. A ello añade los datos de la realidad que nos ofrece la experiencia que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto planteado. La SAP de Las Palmas, Sec. 2.^ª, de 9 de febrero de 2004 (núm. 26/04) señala que para valorar la gravedad del peligro se puede atender a diversos parámetros como la previsibilidad del resultado, número de posibles afectados, tipo de lesión y el desprecio del sujeto activo de las más elementales medidas de seguridad en el desarrollo de la actividad de tráfico.

Tal y como señala ESCOBAR JIMÉNEZ la concurrencia de más de una de las circunstancias recogidas en este apartado puede determinar que, dentro del límite legal, la pena sea más severa, siempre que se razone de forma motivada por el Tribunal, como la SAP de Las Palmas, Sec. 2.^ª, de 9 de febrero de 2004 (núm. 26/04)⁷⁴. De la misma forma que para apreciar la concreta pena a aplicar (dentro del margen que prevé el artículo 318 bis 3) pueden tenerse en cuenta, por ejemplo, si el acusado cuenta con antecedentes penales así como el riesgo físico que sufre el propio

(74) «En la realización del expresado delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por ello y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 66 y 318.bis) párrafo tercero (LO 11/2003), procede imponerle la pena de seis años y seis meses de prisión, pena próxima a la mínima legalmente prevista pero sin llegar a serlo, pues no se puede olvidar que en el presente caso no concurre sólo una de las circunstancias que dan lugar a la aplicación del subtipo agravado, sino tres, ánimo de lucro, puesta en peligro de los pasajeros de la patera, y minoría de edad de varios de los pasajeros».

acusado al perpetrar el delito tal y como realiza la Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6) número 139/2005, de 18 de abril⁷⁵.

Señala PÉREZ CEPEDA que entre las modalidades típicas cabe plantearse si es posible apreciar la comisión por omisión, conforme a los criterios legales expresados en el artículo 11 del Código Penal, en los casos en que, por ejemplo, el responsable de una embarcación no proporciona chalecos salvavidas, o bien permite que viajen más personas de la capacidad de la embarcación, o cuando el dueño de un camión no se preocupa de parar y abrir las puertas para que entre aire en el habitáculo en el que viajan inmigrantes⁷⁶.

En materia de concursos hay que señalar que, cuando se llega a producir un resultado lesivo de muerte o de lesiones, existirá un concurso ideal de delitos entre el tipo básico de tráfico ilegal o inmigración clandestina (artículo 318 bis del Código Penal) y el correspondiente delito de lesiones u homicidio imprudente consumado. En cualquier caso, el problema principal surge cuando ha existido un resultado lesivo para la vida, salud o integridad, a la hora de determinar si el sujeto actúa con imprudencia o dolo eventual respecto a dicho resultado. La realización de un riesgo jurídico-penalmente relevante sólo es posible cuando el sujeto tiene un conocimiento o la previsibilidad de que la conducta sobrepasa los límites del riesgo permitido. Por ejemplo, cuando existe la posibilidad de un temporal y a pesar de ello decide realizar el transporte de los inmigrantes⁷⁷.

E) Prevalimiento de condición pública

El apartado cuarto del artículo 318 bis dispone que «en las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público»⁷⁸.

Pero la concurrencia del subtipo agravado exige el prevalimiento de la condición que ostenta el sujeto activo, que es precisamente donde radica el mayor desvalor de la acción debido a que le permite llevar a cabo la acción delictiva con mayor facilidad y menor riesgo.

(75) «Además, el subtipo agravado del apartado 3.º establece en el caso de que la conducta básica se realice, entre otras, poniendo en peligro la vida de las personas que concurre en este caso, que la pena se imponga en la mitad superior, o sea de 6 a 8 años de prisión. Dentro de dicho ámbito, teniendo en cuenta la carencia de antecedentes penales y el evidente riesgo físico para el mismo, en una situación muy diferente a la de aquéllos que, sin arriesgar su vida se dedican a organizar y dar cobertura a estas conductas desde posiciones mucho más cómodas y probablemente más lucrativas, y, por ende, más reprochables desde el punto de vista penal, procede imponer la pena en su grado mínimo de seis años».

(76) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Inmigración y sistema penal*, (RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 148.

(77) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *Inmigración y sistema penal*, (RODRÍGUEZ MESA), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 149.

(78) El concepto de autoridad y el de funcionario público vienen recogidos en el artículo 24 del Código Penal; por su parte, el de agente de la autoridad se define como el funcionario de hecho o de derecho que tiene como misión ejecutar las decisiones y mandatos de la autoridad. Para GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA hay que restringir esta agravante a los supuestos en los que el funcionario o la autoridad tengan competencias en materia de control de fronteras, por ejemplo, agentes de la Guardia Civil con destinos en la vigilancia marítima del Estrecho.

F) Pertenencia a organización

El apartado quinto del artículo 318 bis recoge la siguiente agravación: «se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades». La reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003 añadió, respecto a la redacción anterior, tanto la obligatoria imposición de la pena de inhabilitación por el tiempo de la condena, como los dos párrafos siguientes del mismo apartado en virtud de los cuales «cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

En cuanto a su fundamento, es evidente que el fenómeno de la inmigración, por sus notas características de clandestinidad y situación de necesidad en que se encuentran sus víctimas, es aprovechado por la delincuencia organizada para obtener un provecho económico seguro con mucho menos riesgo que si tuviera por objeto otras actividades ilícitas, siendo una de las mayores preocupaciones a nivel internacional, dada la proliferación de las mafias encargadas de reclutar a sus víctimas en sus países de origen y de facilitarles o proponerles el traslado, a cambio de precio que se paga generalmente a priori, a otros países donde contactarían con miembros o colaboradores que seguirán abusando de ellas, en todos los sentidos, con el fin de obtener también su parte de ganancia.

Por lo que se refiere al concepto de organización, viene definido por la jurisprudencia por la concurrencia de una serie de elementos⁷⁹: a) Pluralidad de personas. b) Coordinación entre ellas. c) Una cierta estabilidad o permanencia. d) Existencia y utilización de medios idóneos. e) Jerarquización de la organización (SAP de Málaga, Sec. 7.^a, de 11 de marzo de 2003). En efecto, la jurisprudencia ha venido exigiendo para la asociación ilícita, «estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa» (STS de 17 de enero de 1986), «consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio» (STS de 3 de mayo de 2001). La nota de permanencia que se exige en el régimen general de las asociaciones ilícitas queda excepcionada por la expresión «incluso de carácter transitorio» que se utiliza en este caso, pero ello no exime de comprobar la existencia real de una organización o asociación. Así, la asociación ha sido definida jurisprudencialmente como la «existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista» (STS de 3 de mayo de 2001). De ello se desprende que si la nota de organización forma parte del concepto de asociación, la expresión «organización o asociación» utilizada por el artículo 318 bis número 5 resulta redundante, a no ser que se utilice el primero para las formaciones permanentes y el segundo para las transitorias, lo que sería contrario a las notas generales de la asociación; en todo caso, ambas requieren una estructura jerárquica (STS de 18 de octubre de 1998) con división de trabajo y un plan de actuación común. En la práctica, ante la ausencia de una prueba directa, la concurrencia

(79) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

o no de los elementos que configuran la organización puede inferirse de los diferentes datos que se derivan de la instrucción practicada⁸⁰.

Hemos de hacer una mínima referencia, dentro del análisis del delito de tráfico de personas, a la delincuencia organizada; más concretamente podemos mencionar dos puntos a tener en cuenta: 1) no haber incluido el legislador español entre los delitos que pueden ser cometidos por organizaciones criminales los «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» y 2) la imposibilidad de utilizar agentes encubiertos para la lucha contra este delito. En el proceso de la estrategia internacional contra la delincuencia organizada debe situarse la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1998, que marca una importante inflexión en el tratamiento de esta peligrosa delincuencia. Por fin, se define el «grupo delictivo organizado» caracterizado por la estabilidad, la estructuración, el concierto y la transnacionalidad, precisando, además, formas de participación como la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento. Siempre con la finalidad de la comisión de los «delitos graves» definidos en la Convención. Ya contempla, coherentemente con la complejidad del fenómeno criminal «técnicas especiales de investigación», como la «vigilancia electrónica» u «operaciones encubiertas», formas de «cooperación» con las autoridades determinantes de la mitigación de la pena o de la «inmunidad judicial» y medios de capacitación de las autoridades que serán de gran utilidad para la persecución de todos los delitos cometidos por esas organizaciones y en especial los que tienen como objeto la explotación de seres humanos. Evidentemente, la Convención pone de relieve la insuficiencia del concepto de delincuencia organizada presente en nuestro ordenamiento procesal del artículo 282 bis 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸¹.

XI. EL TIPO ATENUADO DE TRÁFICO Y OTRAS ATENUANTES

El apartado número 6 del artículo 318 bis permite que los Tribunales «teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste» puedan imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. Es ésta la única oportunidad que ofrece el legislador penal de mitigar de algún modo la severidad punitiva introducida tras la reforma 11/2003, si bien hay que tener en cuenta que se ha configurado como una atenuación facultativa de la pena y que no siempre se apreciará. Se ha criticado la dureza con la que se ha redactado el tipo atenuado⁸², debido a que las directrices europeas seguidas por el legislador español de manera tan estricta para la tipificación y elevación de la penalidad de la conducta regulada en el artículo 318 bis, no se han seguido de la misma manera cuando se trata de suavizar el rigor punitivo. Así, la Directiva 2002/90/CE autoriza, en su artículo 1.2, la exención total de la pena cuando la colaboración con los inmigrantes responda

(80) La STS de 26 de noviembre de 2003 (núm. 1451/03) no aplicó el subtipo agravado por considerar insuficiente la existencia de un único indicio básico consistente en el elevado número de personas hallado en el registro domiciliario, aplicándose en la STS de 30 de octubre de 2003 (núm. 1447/03) en la que se recoge que existía una organización de una pluralidad de personas que se distribuían los diferentes papeles.

(81) JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos: *Trata de personas y explotación sexual*, (GARCÍA ARÁN), Editorial Comares, Granada, 2006, p. 246.

(82) LAURENZO COPELLO, P.: «Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión», *Jueces para la democracia*, 50/2004.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

a razones humanitarias; sin embargo, nuestro Código, en este caso, sólo prevé una atenuación facultativa de la pena que determinaría, dado que la pena del tipo básico oscila entre 4 a 8 años de prisión, la imposición al sujeto de una pena mínima de dos años de prisión. Puede entenderse, no obstante, que podrán tener acogida en este apartado todas las circunstancias que hasta ahora se hacían valer ante los Tribunales como eximentes y atenuantes de los artículos 20 y 21 del CP, y que no siempre prosperaban por no concurrir los requisitos necesarios para ello, y en las que se valoraban diferentes cuestiones como la concurrencia de razones humanitarias, la colaboración prestada por el acusado durante la instrucción de la causa, medios utilizados en el transporte y el mayor o el menor riesgo que conlleva el traslado, etc.

Pueden destacarse algunas sentencias⁸³:

- a) Por lo que se refiere al estado de necesidad, la SAP de Cádiz, Sec. 6.^a, de 7 de mayo de 2003 (núm. 12/03)⁸⁴. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a, número 24/2005, de 12 de abril: «En teoría, es posible apreciar la justificante del estado de necesidad (artículo 20.5 del Código Penal) cuando la salida, la entrada o el tránsito del extranjero por territorio nacional se hace para evitar un mal ajeno; por ejemplo, individuos perseguidos por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas... que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen».
- b) En cuanto a la valoración de la colaboración prestada por el autor penal durante la investigación penal, destaca la SAP de Málaga, Sec. 7.^a, de 30 de abril de 2002 (núm. 20/02)⁸⁵.
- c) La atenuante de arrepentimiento espontáneo se valora por la SAP de Cádiz, Sec. 7.^a, de 31 de octubre de 2003 (núm. 304/03)⁸⁶.

(83) ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Centro Estudios Jurídicos.

(84) «Las razones humanitarias que la defensa alega como atenuante análogica, por la vía del estado de necesidad, aun cuando nada se señala a tal respecto, deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo, lo que no ocurre aquí, desde el momento en que la apreciación de la existencia de ánimo de lucro, en buena lógica excluye la posibilidad de una motivación altruista o humanitaria. Además nada se prueba en relación con la realidad de los distintos requisitos exigidos para la apreciación del estado de necesidad, esto es, la inevitabilidad del mal, que éste sea actual, inminente, grave, injusto e ilegítimo, y que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente».

(85) «Ha de partirse al referido efecto como punto de arranque de la consideración excepcional que conlleva la naturaleza de atenuante muy cualificada a tenor de la doctrina aquilatada en tal sentido por el Alto Tribunal; ahora bien, como señala la sentencia pronunciada por la Sala 2 del Tribunal Supremo en fecha 19 de febrero del pasado año en aquellos supuestos en los que la conducta protagonizada por el agente al exhibir un comportamiento que amén de reconocer su papel en la trama de inmigración clandestina objeto de enjuiciamiento y detallar pormenorizadamente el *modus operandi* y las circunstancias de toda índole anudadas a la organización criminal a la que sirviese, lo cual ha implicado un esclarecimiento nítido y objetivado del injusto sometido a enjuiciamiento, lleve el plus añadido de permitir y hacer factible en la realidad, merced a una cooperación tildable de eficiente y eficaz, la identificación de sus presuntos dirigentes, uno de ellos al día de hoy sujeto pasivo de una imputación formal, encontramos el terreno abonado para la aplicación de tal singular atenuante. Tales parámetros, y ello sin olvidar los potenciales riesgos que para su persona y allegados puede entrañar tal delación, la hacen merecedora de un menor reproche penal tanto más cuando se observan y aquilatan las relevantes razones de política criminal que en esta materia de represión de la inmigración ilegal informan la política de la Unión Europea, con singular acento en la desarticulación y eliminación de todas aquellas redes u organizaciones dedicadas al tráfico ilícito y explotación de inmigrantes».

(86) Aquí se niega su aplicación ya que el acusado sólo admitió que llevaba a los inmigrantes una vez que la Guardia Civil, tras registrar la estructura metálica, tocó a una persona: «Se trataba, pues, de un delito flagrante, y la jurisprudencia excluye la atenuante de confesión del delito en los casos en que el inculpado es sorprendido *in fraganti* en el momento de

- d) La gravedad del hecho y sus circunstancias se ha valorado igualmente por los Tribunales teniendo en cuenta diferentes cuestiones; así, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de julio de 2003 (núm. 1116/03)⁸⁷.

XII. CONCLUSIONES

Una vez hemos finalizado nuestro análisis del artículo 318 bis del Código Penal hemos de mencionar las conclusiones a las que podemos llegar. De entrada ha de decirse que se ha intentado realizar una lectura crítica de las sucesivas reformas legislativas relacionadas con el tráfico, de las que se deduce una aproximación segmentada y no integral a este fenómeno. Se han intentado mostrar algunas de sus inconsistencias o debilidades, y los intentos por paliarla mediante una interpretación más coherente, por los Tribunales pero también por parte de Fiscalía. No obstante, a pesar de tal esfuerzo persisten algunos problemas en la configuración jurídica de la figura. Hemos tenido ocasión de ver estos problemas y ahora intentaremos extraer las ideas más importantes en torno a la problemática de la regulación del delito de tráfico de personas e inmigración ilegal.

Para empezar, creemos que debe consolidarse en la jurisprudencia una clara distinción entre los conceptos de inmigración clandestina y tráfico de personas, en la línea sostenida por el Consejo General del Poder Judicial. El concepto de tráfico ilegal ha de quedar reservado para los casos en que se produce un traslado de personas en el que los inmigrantes son trasladados por terceros que lo organizan (promueven, favorecen o facilitan), mientras que la inmigración clandestina vendría a equivaler a ese mismo traslado promovido o favorecido por terceros, pero realizado de forma individual y de modo que es el propio inmigrante el que se traslada por medios dispuestos por él mismo. Destaca el Consejo General del Poder Judicial que la única diferencia radica en que la promoción ilegal del tráfico se diseña como un delito de medios determinados, sin que, en cambio, se establezcan determinados medios de comisión para la promoción de la inmigración clandestina.

Evidentemente, a la distinción de ambos conceptos no ayuda la criticable amplitud con la que se describen las conductas típicas en relación con el concepto nuclear de tráfico ilegal o inmigración clandestina («El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas...»). El carácter abierto de la conducta plantea dificultades para la interpretación del precepto, ya que se plantean dudas sobre su compatibili-

su comisión, estimando que no concurre en tales casos el presupuesto cronológico de la atenuante, y que el concepto de procedimiento judicial incluye las actuaciones policiales».

(87) «A la hora de regular la pena a imponer hemos de tener presente, no sólo la ausencia de antecedentes penales, sino la escasa gravedad del hecho. Téngase presente que, por ejemplo, el delito que se acusa se refiere a varias personas cuando delimita al sujeto pasivo, ya que la descripción legal utiliza el término “personas” en plural. En nuestro caso se trató de introducir en el país a una sola persona, lo que disminuye la gravedad del hecho». La SAP de Castellón, Sec. 6.ª, de 23 de febrero de 2004 (núm. 38/04) aplica la atenuación prevista en el núm. 6 del artículo 318 bis, utilizando *a sensu contrario*, el criterio de la gravedad de los hechos, expresándose en los siguientes términos: «En la comisión de tal delito no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que, teniendo en cuenta los criterios penológicos que tiene establecidos esta Sala para casos similares, y, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal, procede imponer al acusado la pena solicitada por dicho Ministerio Público, en las que se tiene en cuenta la disminución penológica del artículo 318 bis.6 del Código Penal, que esta Sala comparte, dado que, desgraciadamente, suelen darse supuestos que van impregnados de mucha mayor reprochabilidad, y para los que han de reservarse las penas más graves».

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

dad con los principios penales de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica. Hay que hacer hincapié en que la interpretación de los elementos del tipo objetivo no puede llevar a incluir conductas inocuas o irrelevantes en relación con el fin de protección pretendido por la norma.

De hecho, en la labor hermenéutica sobre estas figuras, tan necesaria para su deslinde, sería muy orientativa la existencia de un cierto consenso en torno al bien jurídico protegido por el delito de tráfico. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia se debaten a este respecto, condicionando tal solución algunas de las soluciones interpretativas posibles. Debe descartarse la política estatal de control de la inmigración como bien jurídico protegido, ya que éste es el interés protegido en la Ley de Extranjería puesto que no se puede ser infractor de una norma que proteja dicho interés y, a la vez, víctima de otra que también lo proteja. El artículo 318 bis del Código Penal criminaliza conductas graves que afectan a los derechos de los extranjeros, protegiendo sus derechos individuales (vida, integridad, salud, libertad, dignidad, libertad sexual) afectados cuando son introducidos ilegalmente en el país por traficantes. Pero también dispensa una especial protección a los extranjeros como «grupo discriminado», al encontrarse en una situación de necesidad excepcional sancionando conductas de los traficantes que obstaculizan el desarrollo individual de cada miembro del grupo y le cosifican a través del tráfico. Estas razones nos llevan a deducir que el bien jurídico protegido debe ser la dignidad humana del extranjero. Igualmente, debe destacarse que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como las Circulares de Fiscalía parecen decantarse (en el caso de las Circulares de Fiscalía es bastante claro que es así) por considerar que el artículo 318 bis del Código Penal se configura como un delito pluriofensivo en el que el bien jurídico protegido por el precepto está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que tales movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada y el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos individuales de los inmigrantes.

Esta elevada indefinición del delito de tráfico tiene consecuencias tanto respecto a la delimitación del ámbito de aplicación de la propia figura (proyección interna), como respecto de la delimitación de otras figuras (proyección externa). A nivel interno las consecuencias de la defectuosa técnica legislativa empleada generan problemas aplicativos en, por ejemplo, los supuestos de tráfico con fines de explotación sexual o de comportamientos gravemente atentatorios contra los derechos de las víctimas. Así, el delito de tráfico sexual, que en el antiguo artículo 188.2 incluía como presupuestos consustanciales a él, una serie de elementos que determinan el empleo de medios comisivos inmorales e ilegales tanto a la hora de localizar y/o convencer a sus víctimas, como a la de trasladarlas de un país a otro y establecerlas en el lugar en el que se pretende culminar la dinámica delictiva («empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima»), resulta que el legislador ahora los ha obviado, pasando a convertirse en circunstancias, junto con otras, que cualifican genéricamente tanto las conductas del tipo básico como las del 318.2 bis del CP. El supuesto previsto en este apartado será difícilmente aplicable sin la presencia de sus elementos característicos, lo cual nos llevará irremediablemente a la necesidad de recurrir a lo dispuesto en el apartado tercero en el que se prevé una nueva agravación de la pena (la mitad superior del tramo previsto en el apartado segundo); de esta forma, la pena resulta absolutamente desproporcionada. La actual regulación impone, igualmente, penas muy graves cuando el tráfico de personas se realice con comportamientos gravemente atentatorios contra los derechos de las víctimas (lo que reforzaría la tesis de la dignidad humana de los extranjeros como bien jurídico protegido, dejando de un lado el control de los flujos migratorios), la actual regulación penal

española impone penas muy graves que pueden resultar abiertamente desproporcionadas si el tipo básico penal no se aplica con un sentido restrictivo. También la aplicación de los tipos cualificados puede llevar a un marco penal propio del delito de homicidio, lo que también plantea problemas de proporcionalidad⁸⁸.

En su proyección externa, la figura del tráfico tal y como está actualmente regulada desdibuja las líneas divisorias respecto de la aplicación de otras infracciones penales, como la inmigración clandestina del artículo 318 bis CP o la asistencia a la entrada ilegal de trabajadores extranjeros del artículo 313 CP, o incluso administrativas, como la sanción por asistencia a la entrada ilegal, del artículo 54.1.b) LOEx, con una significación y una gravedad cada una de ellas, muy distintas. A su vez, la necesidad de evitar tales solapamientos obliga a adoptar una serie de interpretaciones que por su innecesaria complejidad acaban perjudicando la necesaria seguridad jurídica e incluso los principios de legalidad y tipicidad (*ley clara, previa y escrita*), pues es necesario para que las piezas encajen reservar el tráfico para los casos en que la actividad típica se lleve a cabo con afectación a la dignidad, pero con independencia de la condición o no de trabajadores de los sujetos víctimas de él (evitando así la criticable equiparación entre conductas de tráfico y emigración clandestina); o interpretar el artículo 313.1 restrictivamente para abrazar sólo los supuestos de ayuda o auxilio a la entrada, tránsito o permanencia irregular de extranjeros, con la intención de que sean explotados laboralmente pero sin que tal actuación suponga una afectación grave de su dignidad. Ese incremento de complejidad es perfectamente aprehensible cuando se observa la relación que se establece entre el artículo 318 bis del Código Penal y el artículo 54.1.b) de la LOEx. Ello es debido, en buena parte, a la inclusión del elemento de ánimo de lucro en el precepto administrativo; recordemos que el elemento ánimo de lucro no está recogido en el tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal (se configura como una circunstancia agravante). Al incluirse la nota de ánimo de lucro tanto en la infracción administrativa del artículo 54.1.b) LOEx como en el tipo agravado del artículo 318 bis 3 del Código Penal, no puede utilizarse como diferenciadora entre ambas infracciones. El bien jurídico no resulta del todo satisfactorio como delimitador entre el ilícito penal y el ilícito administrativo: se genera una laguna punitiva. Esta laguna consiste en que en los supuestos en que no exista peligro para los derechos de los inmigrantes, pero se favorezca su inmigración sin ánimo de lucro resultan impunes penal y administrativamente: por no existir peligro para derechos individuales no constituyen delito y por no existir ánimo de lucro, no suponen infracción administrativa.

A modo de conclusión final, sería deseable una mejora de la redacción del artículo 318 bis del Código Penal; exigencias de justicia y de seguridad jurídica así lo requieren. La ley debería definir qué es lo que se entiende por tráfico de personas y qué es lo que se entiende por inmigración clandestina; sería necesario que se pudiera distinguir sin problemas la conducta sancionada penalmente y la conducta objeto de sanción administrativa... Pero no sólo hay que limitarse a una reforma de la redacción de la ley; debe replantearse también la relación de este delito con otros delitos para construir un marco legal internamente más coherente, pues el fenómeno del tráfico de personas también va ligado a otros aspectos como puede ser la explotación sexual o los delitos contra los trabajadores, por ejemplo; en este sentido, es evidente que la ausencia de consenso político respecto a la regulación de la prostitución dificulta la operatividad del delito de tráfico de personas. Del mismo modo, los Tribunales y, en particular, el Tribunal Supremo deben esforzarse por ofrecer una interpretación clara que devenga referente ineludible, por

(88) GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 320.

Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas

II

ejemplo apostando definitivamente por considerar que bien jurídico protegido hace referencia fundamentalmente a la dignidad del extranjero. Finalmente, el tráfico de personas se nutre de unas enormes desigualdades entre países, que, unidas a las políticas restrictivas en materia de inmigración, promueven la demanda de los servicios de los traficantes por lo que la erradicación de tales actividades delictivas debe ir acompañada de actuaciones dirigidas a remover o paliar las causas de la emigración involuntaria.

FERNANDO ARLETTAZ

Becario Universidad de Zaragoza
Banco de Santander

III

La libertad religiosa de los extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

RESUMEN

LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS EXTRANJEROS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra la libertad religiosa para toda persona, sin discriminación por razones de nacionalidad. Del análisis de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede concluirse que existe igualdad entre nacionales y extranjeros en este campo. Sin embargo, los extranjeros pueden también estar involucrados en situaciones específicas (como el ingreso o la salida del territorio de un Estado del que no son nacionales o el asilo) en las que puede jugar un papel la libertad religiosa; las reglas de derecho internacional específicamente aplicables a esas situaciones deberán pues leerse a la luz de las garantías del Convenio en materia religiosa. Por otra parte, las conclusiones sobre la titularidad del derecho en el Convenio Europeo son extensibles a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que será jurídicamente vinculante cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa.

ABSTRACT

THE FREEDOM OF RELIGION OF FOREIGNERS IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND IN THE EUROPEAN CHARTER ON FUNDAMENTAL RIGHTS

The European Convention on Human Rights enshrines the freedom of religion for everyone, without discrimination on the ground of national origin. The case-law of the European Court of Human Rights establishes the equality between nationals and foreigners in this sphere. However, foreigners may be involved in specific situations (as the entry to and the exit from a country whose nationality they don't have, or the asylum) where the freedom of religion may be at stake; thus the rules of the international law specifically applicable must be interpreted according to the guarantees of the Convention on religious matters. On the other hand, the

Fernando Arlettaz

III

conclusions about the foreigners' entitlement to the freedom of religion can be extended to the European Charter on Fundamental Rights, which will be binding when the Lisbon Treaty will enter into force.

SUMARIO

I. Introducción.

II. La libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

III. La libertad religiosa de los extranjeros en general. A) Titularidad del derecho por parte de los extranjeros. B) Contenido del derecho respecto de los extranjeros. C) Restricciones legítimas a la libertad religiosa de los extranjeros.

IV. La libertad religiosa de los extranjeros: algunos aspectos particulares. A) Libertad religiosa e ingreso, permanencia y salida del territorio. B) Libertad religiosa y derecho de asilo.

V. La futura aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la libertad religiosa de los extranjeros.

VI. Conclusiones.

VII. Bibliografía y jurisprudencia. A) Bibliografía. B) Jurisprudencia citada con carácter específico (involucra directamente la libertad religiosa de extranjeros).

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone brindar una aproximación a un derecho reconocido en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (más simplemente, Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH) como es la libertad religiosa. Se aborda una cuestión específica relativa a este derecho, la cuestión de la titularidad. Se intenta básicamente exponer algunas peculiaridades que puede presentar este derecho, cuando quien lo invoca es un no-nacional del Estado contra quien se reclama el reconocimiento de la libertad.

Para ello se comienza con una sucinta exposición de los rasgos generales del derecho, sin entrar en el detalle de la extensa jurisprudencia a partir de la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha delineado los contornos de la libertad en examen. A partir de aquí se busca anali-

La libertad religiosa de los extranjeros

III

zar la cuestión central, sobre la titularidad del derecho por parte de los extranjeros. Se termina con un apartado en el que se analizan las futuras relaciones entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, relación que tendrá incidencias en el tema del presente artículo.

Se aclara que este trabajo sólo se refiere a la libertad religiosa de personas físicas extranjeras. De este modo, no se aborda el complejo problema de la nacionalidad de las personas jurídicas, ni el no menos espinoso asunto de si las personas jurídicas pueden ser en sí mismas titulares del derecho a la libertad religiosa.

La temática abordada ofrece gran actualidad, en el contexto de multiculturalidad por el que atraviesan las sociedades nacionales en general y las europeas en particular. En efecto, los constantes flujos migratorios hacia estas últimas plantean en forma creciente la necesidad de discutir el espacio que se les reconoce a las variadas manifestaciones culturales de los grupos humanos. Con mucha razón se ha sostenido que la multiculturalidad obliga a repensar buena parte de la teoría de los derechos fundamentales¹. Obviamente, dentro de las diferentes manifestaciones de la identidad cultural, la dimensión religiosa ocupa un lugar central.

II. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo de Derechos Humanos proclama la libertad de religión en su artículo 9:

«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, constituyan 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».

Siguiendo una distinción ya clásica, se puede señalar que el artículo 9 protege tanto el fuero interno como el fuero externo. La libertad de religión implica, en el fuero interno, la posibilidad de formarse convicciones personales, mantenerlas, cambiarlas y abandonarlas, sin injerencia exterior².

El fuero externo en cambio es el ámbito de las manifestaciones exteriores de las creencias religiosas³. Aparece en el Convenio 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». La manifestación de la religión puede, pues, hacerse

(1) Cf. SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «Diversidad cultural y derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 16, 2007, p. 57.

(2) Cf. CHUECA SANCHO, Ángel G.: «El derecho humano a la libertad de religión y convicciones en una Europa intercultural», en AAVV: *Teoría de la justicia y derechos fundamentales*, Editorial Dikynson, Madrid, 2008, p. 301.

(3) Cf. CHUECA SANCHO, Ángel G.: «El derecho...», p. 302.

individualmente y en privado, o en público y en comunidad con otras personas que compartan las mismas creencias⁴.

Por otra parte, el párrafo 2 del artículo 9 permite la restricción de la libertad de manifestar las propias convicciones o creencias. Nótese que se puede limitar la manifestación de las convicciones o creencias (es decir, el fuero externo), pero no las convicciones o creencias en sí mismas (el fuero interno). Esta posibilidad no está prevista para todos los derechos reconocidos en el Convenio, sino sólo para los incluidos en los artículos 8 a 11.

Las restricciones se justifican en tanto que el artículo 9 no puede proteger cualquier acto inspirado por una religión o creencia⁵. En sociedades democráticas, en las que varias religiones coexisten en la misma población, puede ser necesario establecer restricciones para reconciliar los intereses de los distintos grupos, y asegurar que las creencias de todos sean respetadas⁶.

El mencionado artículo 9 debe a su vez interpretarse en conjunto con el 14, que consagra la prohibición de discriminación en el goce de los derechos y libertades:

«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».

Se trata de un derecho no autónomo⁷, ya que no se consagra el derecho a la no discriminación sin más, sino el derecho a no ser discriminado en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio. El reconocimiento autónomo del derecho a no ser discriminado se encuentra en el artículo 1 del Protocolo adicional número 12⁸, e incluye obviamente el derecho a no ser discriminado por motivos religiosos:

«1. El goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación 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.

«2. Nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública, especialmente por alguno de los motivos enunciados en el párrafo 1».

Finalmente, en relación con la libertad religiosa, merece particular mención el artículo 2 del primer protocolo adicional al Convenio, en lo relativo al derecho de los padres a formar a sus hijos en sus propias convicciones:

(4) Cf., para el derecho en general, entre otros, TEDH en el asunto *Dogru c/Francia* (4 de diciembre de 2008), párrafo 61. TEDH en el asunto *Leela Förderkreis E. V. y otros c/Alemania* (6 de octubre de 2008), párrafo 80. TEDH en el asunto *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c/Ucrania* (14 de junio de 2007), párrafo 112.

(5) Cf., para la restricción en general, entre otros, TEDH en el asunto *Leyla Sahin c/Turquía*, Gran Sala (10 de noviembre de 2005), párrafo 105. TEDH en el asunto *Kalaç c/Turquía* (1 de julio de 1997), párrafo 27.

(6) Cf., para la restricción en general, TEDH en el asunto *Kokkinakis c/Grecia* (25 de mayo de 1993), párrafo 33. TEDH en el asunto *Leyla Sahin c/Turquía*, Gran Sala (10 de noviembre de 2005), párrafo 105.

(7) Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 23.

(8) Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan A.: op. cit., pp. 25-26.

La libertad religiosa de los extranjeros

III

«A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

III. LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS EXTRANJEROS EN GENERAL

A) Titularidad del derecho por parte de los extranjeros

La libertad religiosa garantizada en el artículo 9 del CEDH ampara tanto a nacionales como a extranjeros. Esta interpretación es coherente con el tenor literal del artículo 9, que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión a *toda persona*. Igualmente, el artículo 2 del primer protocolo adicional se refiere al derecho *de los padres* sin distinguir entre nacionales y extranjeros.

Además, la interpretación conjunta de ambas normas, con el artículo 14 del mismo Convenio, en tanto este último proclama la no discriminación en el goce de los derechos reconocidos en el Convenio, lleva a idéntico resultado. En particular, el artículo 14 asegura la igualdad en el goce de los derechos, sin distinción de *origen nacional*.

Hay que interpretar, pues, que el ámbito de los sujetos titulares tiene una amplia extensión. Y que corresponde entonces a cualquier individuo, tanto nacional como extranjero, incluyendo dentro de esta última categoría a los nacionales de un tercer Estado y a los apátridas. Este reconocimiento se da con independencia del lugar de residencia de la persona⁹, es decir, tanto si reside habitualmente en el Estado territorial como si se encuentra allí de paso.

De la misma manera, y tratándose de extranjeros, la irregularidad de su entrada o permanencia en el territorio del Estado no afecta su libertad religiosa¹⁰. Las infracciones a las normas migratorias han de ser sancionadas de acuerdo a lo que ellas mismas prescriben, sin que esto pueda significar una privación de derechos que vaya más allá de la implicada en la misma sanción.

La titularidad del derecho por parte de los extranjeros aparece claramente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en un caso¹¹ el alto Tribunal reconoció el

(9) Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan A.: *op. cit.*, p. 120.

(10) Cf. DIAGO DIAGO, María del Pilar: «Respeto a la identidad cultural, derecho a la vida privada y familiar. Una aproximación de Derecho Internacional Privado», en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad y CALVO GARCÍA, Manuel (coordinadores): *Inmigración y derechos. Segundas jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Mira Editores, Zaragoza, 2001, p. 199.

(11) Cf. TEDH en el asunto *Igors Dmitrijevs c/Letonia* (30 de noviembre de 2006). Se trataba de un extranjero, residente permanente en Lituania, sometido a la prisión preventiva por un delito de tentativa de agresión sexual agravada, por el que luego sería condenado. En concreto, Dmitrijevs hizo valer que el rechazo judicial de su pedido de participar en los servicios religiosos que se facilitaban en la prisión era una violación a su libertad religiosa en los términos del artículo 9. El Tribunal europeo entendió que impedir que alguien participe de una celebración religiosa constituye sin dudas una injerencia en su libertad de manifestar su religión por el culto, las prácticas y el cumplimiento de los ritos. Correspondía analizar entonces si esta prohibición estaba justificada a la luz del artículo 9.2. Se constató que las disposiciones vigentes al momento en que el pedido fue rechazado (mientras el demandante se encontraba en prisión preventiva) no resultaban aplicables al caso, porque no se referían a la asistencia espiritual o lo hacían sólo respecto de los privados de libertad por sentencia firme. La injerencia *sub examine* no estaba pues *prevista por la ley*, y era por ende una violación del Convenio.

derecho a la libertad religiosa de un extranjero incluso sin siquiera referirse al elemento de extranjería al fundar el fallo. La Corte dio simplemente por asumido que la libertad religiosa corresponde tanto a nacionales como a extranjeros. Frente al reclamo de un extranjero en el sentido de que se había violado su libertad religiosa, analizó directamente si había existido o no tal violación, sin indagar sobre el elemento de la nacionalidad del demandante, que era irrelevante.

B) Contenido del derecho respecto de los extranjeros

El reconocimiento de la libertad religiosa a los extranjeros les ampara tanto en sus creencias mismas (foro interno) como en su manifestación por medio del culto y los ritos (foro externo). La extensión es, pues, la misma que respecto de los nacionales.

Esto quiere decir que el Estado que admite a un extranjero en su territorio no puede restringir sus derechos religiosos por el solo hecho de ser extranjero¹². De lo contrario se daría una desigualdad en el goce de los derechos en razón de la nacionalidad, contraviniendo el artículo 14 del Convenio.

Al igual que respecto de los nacionales, la manifestación de la religión puede hacerse individualmente y en privado, o en público y en comunidad con otras personas que compartan las mismas creencias¹³. Esto incluye también la prédica y el proselitismo¹⁴. Y el derecho a organizarse colectivamente a efectos religiosos, ya que las comunidades religiosas existen tradicionalmente como estructuras organizadas¹⁵.

De la libertad de organización religiosa comunitaria se podría derivar el derecho a la utilización de la lengua de origen, en el seno de la comunidad a la que pertenezcan los extranjeros. Sin embargo, esto es correcto sólo en las relaciones internas. No se puede exigir al Estado que se relacione con los miembros de la comunidad religiosa a la que pertenecen los extranjeros en la

(12) Cf. TEDH en el asunto *Perry c/Letonia* (8 de noviembre de 2007). El Sr. Perry, de nacionalidad estadounidense, gozaba de un permiso de residencia en virtud de las actividades que realizaba en el seno de la organización religiosa *Morning Star International*. Al solicitar la renovación del permiso, ésta le es denegada. Sin embargo, le es concedido otro permiso, en carácter de cónyuge de una residente (su esposa tenía un contrato de trabajo y había obtenido un permiso por esta razón). Esta situación, sin embargo, le impedía desarrollar su actividad profesional como ministro de culto. El Tribunal entendió que, más allá de la fachada jurídica, la realidad era que se le había permitido continuar la residencia, prohibiéndosele la manifestación de sus creencias religiosas como ministro de culto. Esto representaba una injerencia no prevista por la ley letona, por lo que devenía en una violación del Convenio. Si bien es cierto que el Tribunal concluyó en la existencia de violación por la sola ausencia de base legal (por lo que no indagó más allá), parece que aun en el caso de que hubiese existido ley, la medida habría resultado ilegítima; esto así porque se puede pensar que el Tribunal no la habría calificado como una medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo, o simplemente habría entendido que hubo violación del artículo 14.

(13) Cf., respecto del derecho en general, la jurisprudencia citada en la nota 4. Cf., para los extranjeros en particular, TEDH en el asunto *Perry c/Letonia* (8 de noviembre de 2007), párrafo 52.

(14) Cf., respecto del derecho en general, TEDH en el asunto *Kokkinakis c/Grecia* (25 de mayo de 1993), párrafo 31. Cf., para los extranjeros en particular, TEDH en el asunto *Perry c/Letonia* (8 de noviembre de 2007), párrafo 52.

(15) Cf., respecto del derecho en general entre otros, TEDH en el asunto *Hassan y Tchaouch c/Bulgaria* (16 de octubre de 2000), párrafo 62. TEDH en el asunto *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c/Ucrania* (14 de junio de 2007), párrafo 112. Cf., para los extranjeros en particular, TEDH en el asunto *Perry c/Letonia* (8 de noviembre de 2007), párrafo 52.

La libertad religiosa de los extranjeros

III

lengua propia de éstos, ya que el Convenio no ampara la libertad lingüística en cuanto tal ni el derecho a servirse de la lengua de elección en las relaciones con las autoridades públicas¹⁶.

Surge de la jurisprudencia del TEDH que son sujetos titulares no sólo los creyentes, sino también los no creyentes. En otras palabras, el derecho a creer en la existencia de un principio absoluto rector del universo es también el derecho a creer que tal principio no existe (ateos), o que de existir sería inaccesible al hombre (agnósticos, escépticos) o de permanecer indiferente ante la pregunta. Por ello la libertad religiosa también ampara a los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes¹⁷. Estas conclusiones son también aplicables a los extranjeros: creyentes o no, están amparados por el artículo 9.

C) Restricciones legítimas a la libertad religiosa de los extranjeros

Al igual que lo que sucede con la libertad religiosa de los nacionales, la de los extranjeros puede ser restringida, si se cumplen ciertos parámetros.

Una jurisprudencia bien establecida del TEDH lleva, en cada caso en que se invoca una violación del artículo 9, a realizar un análisis en dos pasos. En primer lugar, se estudia si el acto cuestionado implica una injerencia en la libertad religiosa. Si la respuesta es positiva, se procede a verificar si esa injerencia cumple los requisitos del artículo 9.2 para ser considerada legítima, es decir, si está *prevista por ley*, persigue una *finalidad legítima* y es *necesaria en una sociedad democrática*.

Corresponde primeramente analizar si las medidas restrictivas están establecidas por ley. Debe tratarse de una ley en sentido material, no necesariamente formal. Es decir, textos escritos y generales, aunque sean de rango inferior a las normas dictadas por la Legislatura; textos que pueden ser complementados por la jurisprudencia pertinente¹⁸.

El requisito de la finalidad legítima es especificado en el mismo artículo cuando dice que la restricción ha de servir para garantizar la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicos, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Esta enumeración de fines ha de considerarse exhaustiva¹⁹. La prueba de la existencia de una finalidad

(16) Cf. TEDH en el asunto *Dmitrijevs c/Letonia* (28 de febrero de 2007), párrafo 85. ComisiónEDH en el asunto *Pahor c/Italia* (20 de junio de 1994). ComisiónEDH en el asunto *Andecha Astur c/España* (7 de julio de 1997). ComisiónEDH en el asunto *Fryske Nasjonale Partij y otros c/Países Bajos* (12 de diciembre de 1985).

(17) Cf., entre otros, TEDH en el asunto *Kokkinakis c/Grecia* (25 de mayo de 1993), párrafo 31. TEDH en el asunto *Leyla Sahin c/Turquía*, Gran Sala (10 de noviembre de 2005), párrafo 104. TEDH en el asunto *Rama Moscovita del Ejército de Salvación c/Rusia* (5 de octubre de 2006), párrafo 57. TEDH en el asunto *Iglesia de la Cienciología de Moscú c/Rusia* (5 de abril de 2007), párrafo 71.

(18) Cf., para la exigencia en general, TEDH en el asunto *Dogru c/Francia* (4 de diciembre de 2008), párrafo 52, con cita de jurisprudencia anterior relativa a diversas libertades del Convenio, por ser un principio ya establecido en la jurisprudencia del Tribunal. Cf., un caso de ausencia de base legal respecto de los extranjeros, TEDH en el asunto *Dmitrijevs c/Letonia* (30 de noviembre de 2006), párrafo 80.

(19) Cf., para el principio en general, entre otros, TEDH en el asunto *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c/Ucrania* (14 de junio de 2007), párrafo 132. TEDH en el asunto *Iglesia de la Cienciología de Moscú c/Rusia* (5 de abril de 2007), párrafo 86. Cf., para el principio respecto de extranjeros, TEDH en el asunto *Nolan y K. c/Rusia* (12 de febrero de 2009), párrafo 73.

legítima cae sobre las espaldas del Estado demandado, por aplicación del principio *affirmanti non neganti incumbit probatio*²⁰.

En este sentido es interesante puntualizar que la jurisprudencia del Tribunal ha rechazado la licitud de una finalidad cuya invocación para justificar injerencias respecto de extranjeros puede resultar habitual. Así, ha dicho que la seguridad nacional no es una finalidad legítima, porque no figura entre las enumeradas en el artículo 9.2; esta omisión no puede considerarse simplemente un *olvido* del autor del Convenio, por cuanto la finalidad sí es mencionada en otros artículos (8, 10 y 11)²¹.

La medida debe, finalmente, ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar el fin buscado, es decir, debe haber proporcionalidad entre la medida y el fin. La proporcionalidad obviamente ha de evaluarse caso por caso²².

IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS EXTRANJEROS: ALGUNOS ASPECTOS PARTICULARES

A) Libertad religiosa e ingreso, permanencia y salida del territorio

La libertad religiosa puede entrar en vinculación con otra situación, como es la del ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio de un Estado. Antes de abordar la libertad religiosa desde esta perspectiva, conviene recordar que el TEDH ha afirmado en reiteradas ocasiones que el Convenio no protege en sí mismo el derecho de los extranjeros a entrar o salir de un país; en este campo, y en virtud de un principio de derecho internacional bien establecido, los Estados tienen derecho a controlar el ingreso, permanencia y salida de los no-nacionales²³.

Ahora bien, aunque es cierto que los Estados gozan de un amplio margen de discrecionalidad en este ámbito, las decisiones migratorias que ellos adopten han de ser conformes a las obligaciones asumidas en virtud del Convenio²⁴. Esto implica no sólo que los Estados están obligados a respetar el artículo 1 del Protocolo 7, que se refiere específicamente a las exigencias procedimentales a cumplir para la expulsión de extranjeros que residan legalmente en el territorio del Estado; sino que están también obligados a cumplir, al ejecutar sus decisiones migratorias, todas las normas sustantivas del Convenio y sus Protocolos.

(20) Cf. TEDH en el asunto *Nolan y K. c/Rusia* (12 de febrero de 2009), párrafo 69.

(21) Cf. TEDH en el asunto *Nolan y K. c/Rusia* (12 de febrero de 2009), párrafo 73.

(22) Por ejemplo, es proporcionada a los fines perseguidos (protección de la salud pública) una medida que obliga a llevar casco para circular en motocicleta, y que interfiere con la libertad de un extranjero, miembro del grupo religioso sikh, que prescribe que los varones lleven turbante. Esto aun en el caso de que el Estado demandado haya reconocido, con posterioridad, una excepción a la obligatoriedad del casco respecto a los miembros de este grupo. Cf. ComisiónEDH en el asunto *X. c/Reino Unido* (12 de julio de 1978). Ver más abajo los casos TEDH en el asunto *Phull c/Francia* (11 de enero de 2005) y TEDH en el asunto *El Morsli c/Francia* (4 de marzo de 2008).

(23) Cf. TEDH en el asunto *El Boujaïdi c/Francia* (26 de septiembre de 1997), párrafo 39. TEDH en el asunto *Baghli c/Francia* (30 de noviembre de 1999), párrafo 45. TEDH en el asunto *Boultif c/Suiza* (2 de agosto de 2001), párrafo 39.

(24) Cf. TEDH en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/Reino Unido* (28 de mayo de 1985), párrafos 59-60. TEDH en el asunto *Nolan y K. c/Rusia* (12 de febrero de 2009), párrafo 62.

La libertad religiosa de los extranjeros

III

De este modo, la expulsión de un extranjero, que no constituye en sí misma una violación de las obligaciones convencionales, infringe el Convenio si se evidencia como una forma de injerencia ilegítima en la libertad religiosa del expulsado²⁵. Para saber si, en el caso concreto, la expulsión se constituye en una injerencia ilícita, hay que aplicar la regla antes enunciada: evaluar si está conectada con el ejercicio de la libertad religiosa (y de este modo se establecerá si hay o no injerencia), y si la respuesta es positiva, verificar si está prevista por ley y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo (y de este modo se establecerá si la injerencia es o no legítima).

Así, por ejemplo, la Corte ha decidido que constituye una injerencia en la libertad religiosa la prohibición de reingreso de un residente cuyo visado estaba todavía vigente (y que había salido circunstancialmente del territorio), si ese visado había sido extendido y renovado en virtud de una invitación formulada por un grupo religioso registrado en el Estado territorial y la única actividad del expulsado era su desempeño como ministro de ese grupo religioso²⁶. Esta injerencia deviene ilícita si el Estado demandado no prueba la existencia de una finalidad legítima que la justifique²⁷.

Idéntica conclusión debería seguirse si se trata, no de la prohibición de reingreso al territorio, sino llanamente de una deportación. Se puede suponer que tal habría sido la solución del TEDH en el caso de la expulsión de un extranjero, en el que la Corte no se pronunció sobre el fondo por haber mediado un arreglo amistoso²⁸. Del mismo modo, en el caso de un apátrida, expulsado en virtud de una decisión gubernamental que entendía que las actividades religiosas de la persona en cuestión eran peligrosas, sin dar mayores razones. El TEDH resolvió el caso por aplicación de otros artículos del Convenio y consideró que no era necesario pronunciarse sobre la eventual violación del artículo 9²⁹.

Ahora bien, al momento de circular internacionalmente, los individuos han de sujetarse a los controles migratorios y de seguridad de los medios de transporte. Las injerencias que tales controles puedan conllevar en los modos de expresar las creencias religiosas, son en principio legítimas. Así, es legítimo exigir a un hombre cuya religión le impone llevar un turbante, que se lo retire en los controles de seguridad aeroportuarios³⁰.

(25) Cf. TEDH en el asunto *Nolan y K. c/Rusia* (12 de febrero de 2009), párrafo 62. ComisiónEDH en el asunto *Omkanananda y The Divine Light Zentrum c/Suiza* (19 de marzo de 1981).

(26) Cf. TEDH en el asunto *Nolan y K. c/Rusia* (12 de febrero de 2009), párrafo 63.

(27) Cf. TEDH en el asunto *Nolan y K. c/Rusia* (12 de febrero de 2009), párrafos 73-74.

(28) Cf. TEDH en el asunto *Lotter y Lotter c/Bulgaria* (19 de mayo de 2005). Los Sres. Lotter (esposos al momento de los hechos litigiosos), eran nacionales austríacos, testigos de Jehová residentes en Bulgaria. El gobierno negó la renovación del registro a la asociación religiosa Testigos de Jehová, y les retiró los permisos de residencia. El Tribunal no se pronunció sobre el fondo, porque el litigio se resolvió por un arreglo amistoso. Sin embargo, la reclamación de los Sres. Lotter (basado en una presunta violación del artículo 9) no deja de tener verosimilitud, si se tiene en cuenta que el acuerdo entre los requirentes y el gobierno reconoce a los primeros una indemnización, y deja expresa constancia de que finalmente la Asociación Testigos de Jehová obtuvo reconocimiento legal en Bulgaria y que la decisión de expulsión fue revocada.

(29) Cf. TEDH en el asunto *Al-Nashif c/Bulgaria* (20 de junio de 2002). Al Nashif era un apátrida de origen palestino, expulsado de Bulgaria, y que invocaba que la expulsión se había debido a su actividad religiosa como musulmán. El caso se resolvió por aplicación de los artículos 5 y 8 del Convenio.

(30) Cf. TEDH en el asunto *Suku Phull c/Francia* (11 de enero de 2005). El demandante, de nacionalidad británica y perteneciente al grupo sikh, portaba el turbante que su religión impone a todos los varones. El tribunal entendió que se trataba

La cuestión del control de identidad por razones de seguridad también se ha suscitado respecto de una mujer que se negó a retirarse el velo en el control de seguridad de un consulado, a donde había ido a solicitar un visado. Por idénticos motivos que en el caso anterior, el Tribunal rechazó la demanda³¹.

B) Libertad religiosa y derecho de asilo

Por aplicación de los principios generales antes enunciados, cabe reconocer que los asilados y los solicitantes de asilo, en tanto se resuelve su solicitud, gozan del derecho a la libertad religiosa en el territorio en el que se encuentran.

Ahora bien, se debe distinguir qué actividades son efectivamente una manifestación de la libertad religiosa y qué actividades no lo son. Así, las actividades políticas de un solicitante de asilo, aun cuando sea miembro de un partido identificado con una creencia religiosa, no son propiamente manifestación de su libertad religiosa. Por ello, la decisión del gobierno ante quien se requirió el asilo, de secuestrar los medios de comunicación y bloquear el acceso a Internet (a través de los cuales se desarrollaba la actividad política del demandante) no son una injerencia en su libertad religiosa³².

¿Existe un deber jurídico de los Estados, en virtud del Convenio, de conceder asilo, cuando su no concesión implicaría el regreso del requirente a un Estado en el que su libertad religiosa no está garantizada? La cuestión presenta sumo interés, ya que el Tribunal ha sentenciado que la responsabilidad de un Estado parte puede verse indirectamente comprometida si decide devolver a un extranjero a un país donde sus derechos fundamentales no están garantizados. Así lo sostuvo cuando la devolución implicaba un riesgo cierto violación del artículo 3 (que prohíbe

de una medida que tenía una finalidad legítima (proteger la seguridad pública), y que era necesaria para el logro de tal finalidad; y dado que no se había cuestionado el origen legal de la restricción, no había violación del artículo 9.

(31) Cf. TEDH en el asunto *El Morsli c/Francia* (4 de marzo de 2008). La mujer musulmana no pudo ingresar al consulado francés por negarse a retirarse el velo que portaba. Con idénticas razones que las del caso citado en la nota anterior, el Tribunal rechazó la demanda. Había sin embargo un elemento diferencial, que era que la mujer no se negaba a retirarse el velo en forma absoluta, sino que aceptaba hacerlo en presencia de un agente de control mujer, pero no de hombres. El Tribunal sostuvo que designar a un hombre o a una mujer para realizar los controles de seguridad en un consulado entra dentro de los márgenes de discrecionalidad del Estado, y por lo tanto la injerencia en la libertad religiosa de la mujer no era desproporcionada.

La cuestión de la vestimenta se ha suscitado en la jurisprudencia del TEDH en referencia fundamentalmente a mujeres islámicas que reclamaban el derecho a portar el velo en ámbitos escolares o universitarios. La jurisprudencia del Tribunal (referida no a extranjeros sino a nacionales) es bastante conocida. En general, se ha convalidado la prohibición estatal de llevar velo, basada en el argumento del carácter laico del Estado (además de las particularidades propias de cada caso). Cf. TEDH en el asunto *Leyla Sahin c/Turquía*, Gran Sala (10 de noviembre de 2005). TEDH en el asunto *Köse y otros c/Turquía* (24 de enero de 2006). TEDH en el asunto *Dogru c/Francia* (4 de diciembre de 2008). TEDH en el asunto *Kervanci c/Francia* (4 de diciembre de 2008). El caso que ha tenido más repercusión ha sido tal vez el de Leyla Sahin. Para una síntesis y comentario de la sentencia ver CHUECA SANCHO, Ángel G.: «La prohibición del velo islámico no viola los derechos humanos», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 10, 2005. Puede consultarse también RELAÑO PASTOR, Eugenia y GARAY, Alain: «Los temores del Tribunal Europeo al velo islámico: Leyla Sahin c/Turquía», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 12, 2006.

(32) Cf. TEDH en el asunto *Zaoui c/Suiza* (18 de enero de 2001). Zaoui era argelino y militante del Frente Islámico de Salvación. Tras huir de Argelia, solicitó asilo en Francia y Bélgica, siéndole ambos denegados. Ingresado ilegalmente en Suiza, continuó allí su actividad política y solicitó asilo. El gobierno federal suizo le prohibió realizar actos de propaganda que consideró terrorista.

La libertad religiosa de los extranjeros

III

las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) o del artículo 2 (derecho a la vida) por la importancia fundamental de estas disposiciones³³. E incluso el mismo razonamiento podría aplicarse al artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) si existen indicios ciertos de un riesgo de flagrante detención arbitraria³⁴; o al artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) si existen indicios ciertos de un riesgo de flagrante denegación de justicia³⁵.

Claro que esta interpretación no puede aplicarse automáticamente para todos artículos del Convenio, ya que eso sería tanto como decir que un Estado no puede expulsar a un extranjero más que si lo envía a un país donde están plenamente garantizados todos los derechos del Convenio³⁶. Respecto del artículo 9, el Tribunal ha dicho que si bien la libertad religiosa es fundamental en una sociedad democrática, se trata solamente de la concepción propia de los Estados contratantes, que adhieren a tales ideales democráticos, a la preeminencia del derecho y a los derechos humanos. Por ello, admitir que un Estado parte no puede expulsar a un extranjero hacia un país en el que la libertad religiosa no está plenamente garantizada implicaría que los Estados parte en el Convenio se convirtieran en garantes de la libertad religiosa en el mundo³⁷. En consecuencia, la eventual violación del artículo 9 en el país de destino del extranjero que se expulsa no es motivo suficiente, en principio, para determinar la ilicitud de tal expulsión.

Sin embargo, el alto Tribunal admite que si la afectación de la libertad religiosa llega a extremos tales de poner al expulsado en riesgo de muerte (violación del artículo 2), de torturas (violación del artículo 3), de privación arbitraria de libertad (violación del artículo 5) o de una flagrante denegación de justicia (violación del artículo 6), entraría en juego la prohibición de expulsión³⁸. E insinúa, pero en esto parece más dubitativo, que a título verdaderamente excepcional podría admitirse idéntica prohibición en base a un riesgo real de violación flagrante sólo del artículo 9; aunque en este caso resulta difícil pensar que no habría violación simultánea del artículo 3³⁹.

V. LA FUTURA APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS EXTRANJEROS

Como es sabido, la protección de los derechos fundamentales en Europa puede abordarse desde dos grandes perspectivas. La primera es la del Consejo de Europa, en el seno del cual se ha adoptado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre muchos otros tratados de protección de derechos fundamentales. La segunda perspectiva, es la de la Unión Europea. La UE ha ido am-

(33) Cf. TEDH en el asunto *Soering c/Reino Unido* (7 de julio de 1989), párrafo 88.

(34) Cf. TEDH en el asunto *Tomic c/Reino Unido* (14 de octubre de 1983).

(35) Cf. TEDH en el asunto *Soering c/Reino Unido* (7 de julio de 1989), párrafo 113. TEDH en el asunto *Mamatkoulou y Askarov c/Turquía*, Gran Sala, 4 de febrero de 2005, párrafo 91.

(36) Cf. TEDH en el asunto *Soering c/Reino Unido* (7 de julio de 1989), párrafo 86. TEDH en el asunto *F. c/Reino Unido* (22 de junio de 2004).

(37) Cf. TEDH en el asunto *Z. y T. c/Reino Unido* (28 de febrero de 2006). Se trataba de dos ciudadanas pakistaníes que habían solicitado asilo alegando que en Pakistán, país mayoritariamente musulmán, no estaban dadas las condiciones para poder practicar libremente su religión cristiana.

(38) Cf. TEDH en el asunto *Z. y T. c/Reino Unido* (28 de febrero de 2006).

(39) Cf. TEDH en el asunto *Z. y T. c/Reino Unido* (28 de febrero de 2006).

pliando progresivamente su ámbito de acción, ampliación que no ha ignorado la dimensión de los derechos fundamentales. En la versión actualmente vigente, el Tratado de la Unión Europea (TUE)⁴⁰ dispone que

«la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros» (artículo 6.1) y que

«la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» (artículo 6.2).

Ahora bien, la coexistencia del sistema del Convenio y su Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Convenio en el que son parte todos los miembros de la UE) con el sistema comunitario y su Tribunal de Justicia (que si bien no tenía en primer lugar finalidades de protección de derechos fundamentales, había avanzado en ese sentido) generó y genera no pocos problemas jurídicos y políticos⁴¹.

El TUE en la versión resultante de las reformas de Lisboa intenta hacer frente a esa problemática, al tiempo que avanza un paso más en la protección de derechos fundamentales. Dispone en su artículo 2:

«La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

Esta enumeración de principios supone una ampliación respecto de los que son mencionados en el artículo 6.1 del TUE actualmente en vigor. Pero la innovación más grande aparece en el nuevo artículo 6 del TUE:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

«Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

(40) Esta configuración del tratado constitutivo de la UE siguió la línea que había fijado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), al resolver cuestiones en las que estaban en juego derechos fundamentales. En estos casos, el TJCE tras una larga evolución jurisprudencial, había sostenido que entre sus funciones estaba la de garantizar esos derechos tal como surgían de las tradiciones constitucionales comunes y de los tratados en los que eran parte los Estados miembros de la Comunidad, en especial el CEDH. Cf. los clásicos casos del TJCE en el asunto *Stauder*, C 29/69 (12 de noviembre de 1969); TJCE en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, C 11/70 (17 de diciembre de 1970); TJCE en el asunto *Nold III*, C 4/73 (14 de mayo de 1974); entre muchos otros.

(41) Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan A.: op. cit., pp. 111 y ss. CHUECA SANCHO, Ángel G.: «La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios», en MATIA PORTILLA, Francisco J.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pp. 47 y ss.

La libertad religiosa de los extranjeros

III

«Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

«2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

«3. 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 como principios generales».

Esta disposición supone dos grandes cambios. En primer lugar, se da a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el mismo valor jurídico que a los Tratados Constitutivos⁴². En segundo lugar, se dispone que la Unión deberá adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴³.

Por otro lado, se mantiene la designación de los derechos del Convenio Europeo y los que surjan de las tradiciones constitucionales comunes como formando parte de los principios generales del derecho de la Unión.

Estos cambios hacen que resulte de gran actualidad el tema de las relaciones entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Carta que todavía no tiene fuerza jurídica vinculante⁴⁴, pero que la tendrá en cuanto entren en vigor los tratados de Lisboa⁴⁵.

(42) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la versión del 12 de diciembre de 2007 que es la mencionada por el Tratado, aparece publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 303, 14 de diciembre de 2007, página 1. En algunos casos, el valor jurídico acordado a la Carta se acepta por los Estados con declaraciones interpretativas. Es el caso del Protocolo negociado por el Reino Unido y Polonia, tendente a aclarar la aplicación de la Carta en ciertos aspectos.

(43) El Tratado de Lisboa incluye un Protocolo específico sobre la adhesión de la UE al CEDH. Sobre esta adhesión puede consultarse: CANEDO ARRILLAGA, José R. y GORDILLO PÉREZ, Luis I.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, número 39/2008, Instituto de Estudios Europeos.

(44) Aunque se le puedan reconocer otros efectos. Ver al respecto: SAIZ ARNAIZ, Alejandro: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en AZPILCUETA: *Cuadernos de derecho*, número 17, 2001, p. 44. Para una expresa caracterización como *soft-law* ver SAIZ ARNAIZ, Alejandro: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto de 2001, pp. 157 y ss. En el sentido de caracterizarla como *soft-law* que engloba valores compartidos, TOMUSCHAT, Christian: «Common Values and the place of the Charter in Europe», en *European Review of Public Law*, volumen 14, número 1, primavera 2002, pp. 159 y ss. Ver también ALONSO GARCÍA, Ricardo: «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto 2001, pp. 19 y ss.

(45) Para una perspectiva sobre las relaciones existentes hoy entre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos por un lado, y el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo, por otro, puede verse SAIZ ARNAIZ, Alejandro: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho Comunitario...» También POLAKIEWICZ, Jörg: «The European Union's Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights – Competition or coherence in Fundamental Rights in Europe», en *European Review of Public Law*, volumen 14, número 1, primavera de 2002. No deja de ser interesante la mención que hace HARLOW, cuando dice que la creciente acumulación de textos internacionales de derechos humanos puede tener efectos contraproducentes,

No se analizarán todos los cambios que esta innovación supone. Sólo se dirá que las conclusiones que se extrajeron sobre la titularidad del derecho a la libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que se han expuesto en los párrafos precedentes, resultarán aplicables a la interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En primer lugar, porque la misma Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce que la titularidad del derecho a la libertad religiosa se concede a *toda persona*⁴⁶. Este derecho se consagra en el artículo 10, incluido en el capítulo que la misma Carta denomina *Libertades*⁴⁷:

«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, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

«2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

En segundo lugar, en virtud de los artículos 52.3 y 53 de la Carta⁴⁸, que disponen:

«52.3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

«53. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

en el sentido de reducir en lugar de ampliar la protección del ser humano. En efecto, la multiplicación de textos puede llevar a confundir al ciudadano, aumentar los conflictos de jurisdicción y los conflictos de interpretación de las disposiciones. Cf. HARLOW, Carol: «The Charter of Fundamental Rights: a textual critique», en *European Review of Public Law*, volumen 14, número 1, primavera de 2002, pp. 257-258.

(46) Ha dicho DÍEZ-PICAZO: «La Carta parece haber sido particularmente cuidadosa a la hora de determinar quiénes son titulares de los distintos derechos que proclama. Emplea fórmulas deliberadamente diferentes según los casos, que van desde *toda persona* –o, en negativo, *nadie*– hasta *todo ciudadano* y construcciones impersonales. La Carta, pues, deja poco espacio a la duda y, si llegan a darse supuestos problemáticos, probablemente vendrán más de las personas jurídicas que de los extranjeros». DÍEZ PICAZO, Luis M.: *Constitucionalismo en la Unión Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 34.

(47) El ámbito de los derechos civiles y políticos parece haber sido el que suscitó mayor consenso entre los Estados al momento de la redacción de la Carta. Esto puede estar vinculado a que los entonces 15 Estados miembros de la UE son parte en el CEDH, lo que implica un piso común de valores en este campo. Cf. TOMUSCHAT, Christian: op. cit., p. 171.

(48) Los artículos 52.3 y 53 buscan garantizar que el *acquis européen* en materia de derechos fundamentales no se vea alterado, sino que, por el contrario, la Carta implique un plus sobre lo ya conseguido, y nunca una reducción de los derechos actualmente reconocidos. Cf. TOMUSCHAT, Christian: op. cit., pp. 171-172.

La libertad religiosa de los extranjeros

III

La interpretación anterior sobre la titularidad del derecho es además conforme al texto de las Explicaciones sobre la Carta⁴⁹. Según el comentario al artículo 10 de las Explicaciones, el derecho garantizado por el apartado 1 del mencionado artículo corresponde al derecho del artículo 9 del CEDH y, de conformidad con el artículo 52 apartado 3 de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance.

Es interesante señalar que el segundo apartado del artículo 10 consagra una derivación de la libertad religiosa que no aparece en el CEDH. Se trata de la objeción de conciencia. Sin embargo, aunque no aparezca en el CEDH, la objeción de conciencia corresponde a las tradiciones constitucionales nacionales y a la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia⁵⁰. En la presente contribución sólo cabe decir que, dado que la libertad religiosa reconocida en la Carta ampara a los extranjeros, lo mismo ha de predicarse del derecho a la objeción de conciencia.

El derecho de los padres a educar a sus hijos en sus propias creencias está resguardado por el artículo 14.3 (equivalente al artículo 2 del primer protocolo adicional al Convenio), también sin distinciones entre nacionales y extranjeros:

«Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».

En el goce de la libertad religiosa, tal como aparece en la Carta, no se hacen diferencias entre extranjeros ciudadanos comunitarios y extranjeros no ciudadanos comunitarios. Claro que en algunos casos específicos podrán existir matices, como consecuencia de la influencia de otra normativa europea que sí justifica distinciones entre nacionales de Estados miembros y nacionales de terceros Estados.

En conclusión, en materia religiosa los órganos de la Unión no podrán imponer diferencia de trato entre nacionales de Estados miembros y nacionales de terceros Estados; y los Estados miembros de la UE no podrán, al aplicar derecho comunitario⁵¹, imponer diferencia de trato entre nacionales, extranjeros ciudadanos de la Unión y extranjeros no ciudadanos de la Unión.

Otro punto importante a señalar es la orientación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El TJCE ha dictado algunos fallos que guardan cierta vinculación con cuestiones religiosas. El más relevante desde la perspectiva de este trabajo es el del TCJE en el asunto *Van Duyn c/Home Office*⁵². Se trataba de una ciudadana holandesa, miembro de la Iglesia de la Cienciología, a la que se le negó la entrada en el Reino Unido por motivos de orden público invocados sobre la base de la pertenencia a esa asociación. El TJCE no abordó la cuestión desde la perspectiva de la libertad religiosa. En su decisión prejudicial se limitó a decir que, aunque el concepto de

(49) Publicado en DO C 303, 14 de diciembre de 2007, página 17.

(50) Cf. Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea, comentario al artículo 10.

(51) Tal es, en efecto, el ámbito de aplicación de la Carta. Ésta obligará a los órganos de la UE y a los Estados miembros cuando apliquen derecho comunitario (artículo 51.1 de la Carta).

(52) TCJE en el asunto *Van Duyn c/Home Office*, C 41/74 (4 de diciembre de 1974).

orden público que justifica una excepción a la libre circulación de los trabajadores en el ámbito comunitario debe interpretarse restrictivamente, los Estados disponen de un cierto margen de discrecionalidad al respecto. Y que la pertenencia del individuo a una organización cuyas actividades son calificadas como socialmente dañinas por el Estado en cuestión puede ser considerada como una conducta personal del extranjero sobre la cual basar la prohibición de ingreso. Esto así incluso si las actividades de la asociación, aunque consideradas dañinas, no son ilícitas en el territorio del Estado al que se pretende entrar. Tampoco cambia la situación el hecho de que los nacionales del Estado sí puedan incorporarse a esa asociación.

A la luz de lo que se ha venido señalando, no parece que la solución dada por el Tribunal de Luxemburgo sea la más conforme a los derechos fundamentales amparados por el Convenio y la Carta. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la sentencia comentada tiene ya varios años, y que la posición del TJCE como garante de los derechos fundamentales ha ido evolucionando con el tiempo.

También en otros casos el TJCE trató tangencialmente la libertad religiosa. Dado que no involucran cuestiones de extranjería, no se analizarán en este trabajo⁵³.

Los límites legítimos a los derechos están previstos en el artículo 52.1, dentro del capítulo de *Disposiciones generales*:

«Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

La prohibición de discriminación está prevista en el artículo 21, dentro del capítulo *Igualdad*, en estos términos:

«1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

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

Como se ve, se prohíbe la discriminación por razones religiosas. Puede interpretarse que se trata de un derecho autónomo a no ser discriminado por razones religiosas. Sería el equivalente

(53) TJCE en el asunto *Vivien Prais*, C 130/75 (27 de octubre de 1976), caso en el que una mujer de origen judío reclamaba el derecho que un examen de oposiciones no se tomara en día sábado. El Tribunal dijo que tal derecho le asistía, pero para hacerlo valer debía haber notificado al organismo organizador de las oposiciones con suficiente antelación, lo que la Sra. Prais no había hecho. También TJCE en el asunto *Asociación Iglesia de la Cienciología de París*, C 54/99 (14 de marzo de 2000), caso relativo a la circulación de capitales, pero que involucraba a una organización religiosa. TJCE en el asunto *Baghwan*, C 196/87 (5 de octubre de 1988), en el que se reconoció que debía considerarse como actividad económica en los términos de la normativa comunitaria la prestación de servicios a favor de una comunidad religiosa por parte de uno de sus miembros, cuando la comunidad le retribuye subviniendo a sus necesidades. TJCE en el asunto *Rosmaalen c/Bestuir*, C 300/84 (23 de octubre de 1986), en el que un sacerdote, remunerado durante varios años por los mismos miembros de su parroquia y no por la orden a la que pertenecía, fue considerado como un trabajador autónomo.

La libertad religiosa de los extranjeros

III

al derecho reconocido en el artículo 1 del Protocolo adicional número 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Respecto de la prohibición de discriminación, por razón de nacionalidad, en el goce de la libertad religiosa (es decir, la regla correspondiente al derecho no autónomo reconocido por el artículo 14 en conjunción con el 9, ambos del Convenio Europeo) la Carta no contiene una norma específica. Por lo que parece que resultaría también aplicable el artículo 21 de la Carta (que funcionaría consagrando un derecho autónomo a no ser discriminado; y un derecho no autónomo a no ser discriminado en el goce de los derechos reconocidos por la misma Carta). Ahora bien, este artículo, en su apartado 2, sólo prohíbe la discriminación por razones de nacionalidad *en el ámbito de aplicación* de los Tratados constitutivos.

A pesar de la diferencia antes remarcada, no parece que se pueda admitir, en el ámbito de la Carta, que sea lícita la discriminación en el goce de la libertad religiosa por razones de nacionalidad. Esto así ya que en virtud del artículo 52.3, antes citado, el sentido y alcance de los derechos de la Carta, que tengan equivalente en el Convenio, será el mismo que se les reconozca en este último; y en virtud del artículo 53, también citado, el Convenio representa un piso mínimo respecto de la Carta.

Por eso, la autorización del artículo 21.2 de la Carta, en cuanto habilita a discriminar en el goce de determinados derechos a los no nacionales de los Estados miembros de la Unión, será aplicable sólo en aquellos ámbitos (como el de los derechos políticos) en los que el Convenio Europeo no consagra la titularidad a favor de *toda persona*, sin discriminación por razones de nacionalidad.

VI. CONCLUSIONES

Recapitulando lo antes dicho puede concluirse que el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra la libertad religiosa, libertad que los Estados parte están obligados a respetar en el ámbito de sus jurisdicciones, tanto respecto de sus nacionales como de sus no nacionales.

El contenido del derecho en cuanto los titulares sean no nacionales, es el mismo que cuando la titularidad corresponde a los nacionales. Y respecto de los no nacionales son legítimas las injerencias en la libertad religiosa, en la misma medida en que lo son respecto de los nacionales. Una diferencia en el contenido o en las restricciones al contenido, basada en el solo hecho de la nacionalidad del titular, resultará ilegítima.

La libertad religiosa de los no nacionales puede estar envuelta en otras vicisitudes, propias de la situación de los titulares (vicisitudes derivadas del ingreso, permanencia o salida de un territorio que no es el del Estado de su nacionalidad, derivadas del asilo). El respeto a la libertad religiosa en estas particulares situaciones habrá de evaluarse con los mismos parámetros que se evalúa el respeto a la libertad religiosa en sí misma.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho a la libertad religiosa. Hoy la Carta no tiene efecto jurídico vinculante, pero lo tendrá cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa, respecto de la UE y sus Estados miembros cuando apliquen derecho de la UE. Entonces, la titularidad del derecho estudiado tendrá, en el ámbito de la Carta, la misma extensión y características que se le reconocen en el Convenio Europeo.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

A) Bibliografía

ALONSO GARCÍA, Ricardo: «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto 2001.

CANEDO ARRILLAGA, José R. y GORDILLO PÉREZ, Luis I.: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, número 39/2008, Instituto de Estudios Europeos.

CARRILLO SALCEDO, Juan A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

CHELINI-PONT, Blandine y GIRARD, Didier: «Le voile musulman et la conception française de l'État laïc. Note sous les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme Dogru et Kervanci c/France (4 décembre 2008)», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 19, 2009.

CHUECA SANCHO, Ángel G.: «El derecho humano a la libertad de religión y convicciones en una Europa intercultural», en AAVV: *Teoría de la justicia y derechos fundamentales*, Editorial Dikynson, Madrid, 2008.

«La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios», en MATIA PORTILLA, Francisco J.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

«La prohibición del velo islámico no viola los derechos humanos», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 10, 2005.

DIAGO DIAGO, María del Pilar: «Respeto a la identidad cultural, derecho a la vida privada y familiar. Una aproximación de Derecho Internacional Privado», en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad y CALVO GARCÍA, Manuel (coordinadores): *Inmigración y derechos. Segundas jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Mira Editores, Zaragoza, 2001.

DÍEZ PICAZO, Luis M.: *Constitucionalismo en la Unión Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

ETMUELLER, Eliane Ursula: «El presente y el futuro de la libertad de conciencia y de religión en la Unión Europea», en *UNISCI Discussion Papers*, número 14, 2007.

FLAUSS, Jean-François: «Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme», en *Revue du droit public*, número 2, 2004.

FORNÉS DE LA ROSA, Juan: «La libertad religiosa en Europa», en *Revista de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 7, 2005.

HARLOW, Carol: «The Charter of Fundamental Rights: a textual critique», en *European Review of Public Law*, volumen 14, número 1, primavera de 2002.

MENÉNDEZ, Agustín José: «A Christian or a Laïc Europe? Christian Values and European Identity», en *Ratio Juris*, volumen 12, número 2, 2005.

La libertad religiosa de los extranjeros

III

PETSCHEN, Santiago: «La religión en la Unión Europea», en *UNISCI Discussion Papers*, número 16, enero de 2008.

POLAKIEWICZ, Jörg: «The European Union's Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights – Competition or coherence in Fundamental Rights in Europe», en *European Review of Public Law*, volumen 14, número 1, primavera de 2002.

RELANO PASTOR, Eugenia y GARAY, Alain: «Los temores del Tribunal Europeo al velo islámico: Leyla Sahin c/Turquía», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 12, 2006.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *AZPILCUETA: Cuadernos de derecho*, número 17, 2001.

«La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto de 2001.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «Diversidad cultural y derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 16, 2007.

TOMUSCHAT, Christian: «Common Values and the place of the Charter in Europe», en *European Review of Public Law*, volumen 14, número 1, primavera 2002.

B) Jurisprudencia citada con carácter específico (involucra directamente la libertad religiosa de extranjeros)

TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y ComisiónEDH (Comisión Europea de Derechos Humanos), por orden alfabético.

TEDH en el asunto *Al-Nashif c/Bulgaria* (20 de junio de 2002).

TEDH en el asunto *El Morsli c/Francia* (4 de marzo de 2008).

TEDH en el asunto *Igors Dmitrijevs c/Letonia* (30 de noviembre de 2006).

TEDH en el asunto *Lotter y Lotter c/Bulgaria* (19 de mayo de 2005).

TEDH en el asunto *Nolan y K. c/Rusia* (12 de febrero de 2009).

TEDH en el asunto *Perry c/Letonia* (8 de noviembre de 2007).

TEDH en el asunto *Suku Phull c/Francia* (11 de enero de 2005).

TEDH en el asunto *Z. y T. c/Reino Unido* (28 de febrero de 2006).

TEDH en el asunto *Zaoui c/Suiza* (18 de enero de 2001).

ComisiónEDH en el asunto *Omkanananda y The Divine Light Zentrum c/Suiza* (19 de marzo de 1981).

ComisiónEDH en el asunto *X. c/Reino Unido* (12 de julio de 1978).

Jurisprudencia citada con carácter general (no involucra directamente a extranjeros o involucra a extranjeros en derechos distintos de la libertad religiosa). TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), ComisiónEDH (Comisión Europea de Derechos Humanos) y TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), por orden alfabético.

TEDH en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/Reino Unido* (28 de mayo de 1985).

TEDH en el asunto *Baghli c/Francia* (30 de noviembre de 1999).

TEDH en el asunto *Boultif c/Suiza* (2 de agosto de 2001).

TEDH en el asunto *Dogru c/Francia* (4 de diciembre de 2008).

TEDH en el asunto *El Boujaïdi c/Francia* (26 de septiembre de 1997).

TEDH en el asunto *F. c/Reino Unido* (22 de junio de 2004).

TEDH en el asunto *Hassan y Tchaouch c/Bulgaria* (16 de octubre de 2000).

TEDH en el asunto *Iglesia de la Cienciología de Moscú c/Rusia* (5 de abril de 2007).

TEDH en el asunto *Kalaç c/Turquía* (1 de julio de 1997).

TEDH en el asunto *Kervanci c/Francia* (4 de diciembre de 2008).

TEDH en el asunto *Kokkinakis c/Grecia* (25 de mayo de 1993).

TEDH en el asunto *Köse y otros c/Turquía* (24 de enero de 2006).

TEDH en el asunto *Leela Förderkreis E. V. y otros c/Alemania* (6 de octubre de 2008).

TEDH en el asunto *Leyla Sahin c/Turquía*, Gran Sala (10 de noviembre de 2005).

TEDH en el asunto *Mamatkoulou y Askarov c/Turquía*, Gran Sala (4 de febrero de 2005).

TEDH en el asunto *Rama Moscovita del Ejército de Salvación c/Rusia* (5 de octubre de 2006).

TEDH en el asunto *Soering c/Reino Unido* (7 de julio de 1989).

TEDH en el asunto *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c/Ucrania* (14 de junio de 2007)

TEDH en el asunto *Tomic c/Reino Unido* (14 de octubre de 1983).

ComisiónEDH en el asunto *Andecha Astur c/España* (7 de julio de 1997).

ComisiónEDH en el asunto *Fryske Nasjonale Partij y otros c/Países Bajos* (12 de diciembre de 1985).

ComisiónEDH en el asunto *Pahor c/Italia* (20 de junio de 1994).

TJCE en el asunto *Asociación Iglesia de la Cienciología de París*, C 54/99 (14 de marzo de 2000).

TJCE en el asunto *Baghwan*, C 196/87 (5 de octubre de 1988).

TJCE en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, C 11/70 (17 de diciembre de 1970).

TJCE en el asunto *Nold III*, C 4/73 (14 de mayo de 1974).

TJCE en el asunto *Rosmaalen c/Bestuir*, C 300/84 (23 de octubre de 1983).

TJCE en el asunto *Stauder*, C 29/69 (12 de noviembre de 1969).

TJCE en el asunto *Van Duyn c/Home Office*, C 41/74 (4 de diciembre de 1974).

TJCE en el asunto *Vivien Prais*, C 130/75 (27 de octubre de 1976).

Dossier

Derecho Migratorio Europeo

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático Acr. de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza

Director Adjunto de la REDMEX

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español)

SUMARIO

I. El Derecho Migratorio Europeo. 1. Derecho originario: El Derecho Migratorio Europeo en los Tratados. 2. Una Carta de los Derechos Fundamentales con numerosos agujeros en la protección de los derechos de los inmigrantes. 3. Las normas del Derecho Derivado en materia migratoria: Reglamentos y Directivas.

II. La proyección política del Derecho Migratorio Europeo: El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo.

III. Derecho Migratorio Europeo, cruce de fronteras y visados. 1. Referencia al Código de Fronteras Schengen. 2. Referencia al Reglamento de visados.

IV. La Directiva de Retorno, la Directiva de Sanciones a los Empleadores y la Directiva de la Tarjeta Azul (*Blue card*). 1. La Directiva de retorno o de la vergüenza. A) Una visión crítica de esta Directiva. B) Algunas reacciones. C) La aplicación de la Directiva de retorno puede hacerse mediante vuelos conjuntos, que encubren expulsiones colectivas. 2. La Directiva sobre sanciones a los empleadores de personas en situación irregular. A) Una visión crítica de esta Directiva. B) Algunas reacciones. 3. La Directiva «Tarjeta Azul».

V. El próximo paso: Hacia un permiso único y derechos comunes para todos los trabajadores extranjeros en la UE.

VI. La evolución del Derecho Migratorio Europeo a la luz de los Derechos Humanos.

VII. Epílogo: La incidencia del Derecho Migratorio Europeo sobre las reformas emprendidas en el Derecho interno español. 1. La primacía del Derecho de la Unión Europea. 2. La reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). 3. Algunas consideraciones críticas. 4. Reflexión final.

I. EL DERECHO MIGRATORIO EUROPEO

El nuevo Derecho Migratorio Europeo surge como consecuencia de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el interior de la Unión Europea.

Su articulación jurídica se realiza en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de la Comunidad Europea (TCE)¹. Su aplicación se realiza sobre todo mediante Reglamentos y Directivas².

Las cuestiones relativas a migración, asilo y refugio figuran entre las prioridades de la UE a la hora de delinear el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En esta dirección resaltaremos que en 2005 aprobaba el Consejo Europeo el llamado «Enfoque Global sobre Migración». En la misma dirección, la Comisión Europea publicaba en diciembre de 2007 su Comunicación sobre «Una política común de inmigración». La misma institución presentaba en junio de 2008 su Comunicación titulada «Una política común de inmigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos».

De esta forma se van sentando las bases del Derecho Migratorio Europeo. El Derecho Migratorio Europeo es una rama del Derecho de la Unión Europea que se ha desarrollado sobre todo en la última década y continúa desarrollándose en la actualidad. El contenido normativo se ha centrado especialmente en el control de fronteras y los visados, por un lado, y las medidas contra la inmigración irregular, por el otro.

En el terreno legislativo, en la UE hablamos del Derecho Originario (los tratados constitutivos o marco constitucional de la Unión) y del Derecho Derivado (Reglamentos, Directivas, etc.)

1. Derecho originario: El Derecho Migratorio Europeo en los Tratados

Entre los objetivos, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) señala el de

«mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia».

El Tratado de la Comunidad Europea (TCE) establece en sus artículos 17 y siguientes la ciudadanía de la UE. Estamos ante un concepto esencial para entender esta materia. Porque los ciudadanos de la UE tienen (entre otros) derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

En la misma dirección, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen define en su artículo 1º al extranjero como «toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas».

(1) Debe tenerse presente que, cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa, desaparecerá formalmente la Comunidad Europea, que será sucedida por la Unión Europea. Entonces nos encontraremos con el Tratado de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la UE.

(2) Consultar R. ALONSO GARCÍA: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid 2007, pp. 101-112

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

De la lectura de las vigentes normas podemos deducir que en un Estado miembro de la Unión hoy existen 5 categorías de personas:

- 1ª Los nacionales de un Estado miembro que residen en su territorio.
- 2ª Los nacionales de un Estado miembro que residen en el territorio de otro Estado miembro; al ser ciudadanos de la UE, disponen de un elevado número de derechos.
- 3ª Los extranjeros en sentido propio, o sea los nacionales de Estados no miembros de la UE.
- 4ª Los apátridas, que carecen de nacionalidad.
- 5ª Los refugiados, que tienen una nacionalidad pero de la cual en un momento dado no pueden valerse.

Desde esta perspectiva el Derecho Migratorio Europeo se refiere principalmente a la 3ª categoría de personas, a los extranjeros en sentido estricto.

Perfilando el objetivo de la UE de establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, los artículos 61-69 del vigente Tratado de la Comunidad Europea regulan visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

El artículo 61 señala:

«A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará:

- a. En un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el artículo 61, conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquella y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración, de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2 y 3 del artículo 62, en la letra a) del punto 1 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, así como medidas para prevenir y luchar contra la delincuencia de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea;
- b. Otras medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63;
- c. Medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65;
- d. Medidas adecuadas para fomentar e intensificar la cooperación administrativa, de conformidad con el artículo 66;
- e. Medidas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal destinadas a garantizar un alto grado de seguridad mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia dentro de la Unión, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea».

En el Tratado de Lisboa, en concreto en el Tratado de Funcionamiento de la UE (artículos 67-81), se introducen objetivos más ambiciosos en esta materia; podemos leer en su artículo 79, 1º, lo siguiente:

«La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas».

El mismo artículo 79.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE observa que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas contra «la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal».

Por eso, en general puede afirmarse que la Unión Europea padece hoy en materia migratoria, el síndrome de las tres «R». Si un síndrome es el conjunto de síntomas característicos de una enfermedad, la UE padece una enfermedad (esperemos que sea solamente securitaria y no derive en simple xenofobia). Los síntomas de esta enfermedad son tres: retorno, readmisión y repatriación.

2. Una Carta de los Derechos Fundamentales con numerosos agujeros en la protección de los derechos de los inmigrantes

Dentro de lo que venimos denominando Derecho Migratorio Europeo, deberemos considerar la inclusión de diversos preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, «proclamada» en 2000, que formaba parte del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, y vuelta a proclamar solemnemente el 12 de diciembre de 2007³. A su texto hay que sumar las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales.

En la actualidad, la Carta no se integra en los Tratados, pero el artículo 6 del Tratado de Lisboa afirma que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

Al analizar la Carta, desde la perspectiva general, no puede pasarse por alto el hecho de que en su articulado incluye a la vez derechos y principios; los primeros son exigibles ante los tribunales, los segundos deben simplemente «observarse», no pueden exigirse⁴.

Haciendo una breve referencia a su contenido, desde la perspectiva del Derecho Migratorio Europeo, comprobaremos que muchos derechos se atribuyen a todas las personas, sean o no sean ciudadanas de la Unión; así sucede con los derechos protegidos en el Título I (Dignidad, artículos 1-5) y el Título VI (Justicia, artículos 47-50). En estos casos se aplica el cardinal principio de igualdad y no discriminación.

Pero nos encontramos con otros Títulos que sí ofrecen problemas, en los cuales la protección de los derechos de los inmigrantes tiene importantes deficiencias, numerosos agujeros. Veamos cuatro ejemplos:

a) El Título II (Libertades, artículos 6-19) ya impone una serie de limitaciones a los extranjeros, sobre todo a quienes se hallen en situación irregular, que chocan con los tratados internacionales de Derechos Humanos que los Estados miembros han ratificado.

El artículo 15.3 de la Carta señala: «Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión».

(3) Texto en *DOUE C* 303, 14 de diciembre de 2007, p. 1. Las Explicaciones se publican en el mismo *DOUE*, p. 17.

(4) Consultar P. AGUELO NAVARRO y A.G. CHUECA SANCHO: *La Constitución Europea y... los extranjeros*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 6.

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

Esta norma hace que surjan inmediatamente dos significativas preguntas: ¿Dónde queda el principio de igualdad en el trabajo y en las condiciones laborales que exigen las normas de la OIT, ratificadas por los Estados miembros? Si las condiciones de las personas en situación regular son «equivalentes», ¿cuáles deben ser las condiciones de trabajo de los extranjeros en situación irregular, simplemente las esclavistas?

b) En el mismo Título II, el artículo 19 prohíbe las expulsiones colectivas y recoge el principio de no devolución. Pero estamos ante una norma incompleta porque exige que la expulsión deba ser motivada, proporcionada (es decir, solamente por la comisión de delitos graves), y tampoco afirma que se respetará el derecho a la vida familiar.

Además, aun cuando se prohíban las expulsiones colectivas, la UE mantiene la Decisión sobre Vuelos Conjuntos, a la que me referiré después.

c) El Título IV (Solidaridad, artículos 27-38), en su artículo 34, reconoce (entre otros) el derecho a la ayuda social solamente a los extranjeros que se hallen en situación regular. Qué debemos hacer con las personas en situación irregular que necesiten ayuda social es algo que queda a la «buena voluntad» de algunos y algunas.

d) El Título V (Ciudadanía, artículos 39-46) protege derechos, muchos de los cuales se ofrecen a todas las personas. Pero, si nos fijamos en su artículo 40, el derecho de sufragio activo y pasivo a nivel municipal lo predica tan sólo de los ciudadanos de la UE. La misma UE habla de integración, pero no atribuye este derecho ni siquiera a los residentes de larga duración.

3. Las normas del Derecho Derivado en materia migratoria: Reglamentos y Directivas

Si descendemos al Derecho Derivado, nos encontraremos sobre todo con dos tipos de normas: Reglamentos y Directivas. Excluimos de esta lista general, entre otras, las normas que conforman el acervo Schengen, las Decisiones sobre creación de Fondos Europeos (Fondo Europeo para los Refugiados, etc.) y los acuerdos de readmisión.

Recordaremos que, según el artículo 249 del vigente Tratado de la Comunidad Europea, «El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Entre los Reglamentos que configuran el actual Derecho Migratorio Europeo destacaremos los siguientes:

- Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen 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 (*DOUE L 81*, 21 de marzo de 2001, p. 1; la última modificación se produjo mediante el Reglamento 1932/2006 del Consejo de 21 de diciembre de 2006, *DOUE L 405*, 30 de diciembre de 2006, p. 23)
- 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) (*DO L 105* de 13 de abril de 2006, p. 1/32)

- Reglamento (CE) núm. 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (*DO L* 349 de 25 de noviembre de 2004, p. 1, modificado por el Reglamento (CE) núm. 863/2007

Derecho derivado en materia migratoria: Reglamentos comunitarios

Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen 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 (*DOUE L* 81, 21 de marzo de 2001, p. 1; la última modificación se produjo mediante el Reglamento 1932/2006 del Consejo de 21 de diciembre de 2006, *DOUE L* 405, 30 de diciembre de 2006, p. 23)

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) (*DO L* 105 de 13 de abril de 2006, p. 1/32)

Reglamento (CE) núm. 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE (*DO L* 349 de 25 de noviembre de 2004, p. 1, modificado por el Reglamento (CE) núm. 863/2007

Entre las Directivas que configuran el actual Derecho Migratorio Europeo destacaremos las siguientes:

- Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (*DO L* 149 de 2 de junio de 2001, p. 34/36)
- Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (*DO L* 328 de 5 de diciembre de 2002, p. 17/18)
- Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DO L* 251 de 3 de octubre de 2003, p. 12-18)
- Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO L* 16 de 23 de enero de 2004, p. 44/53)
- Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (*DO L* 321 de 6.12.2003, p. 26/31)
- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (*DO L* 261 de 6 de agosto de 2004, p. 19/23)
- Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (*DO L* 261 de 6 de agosto de 2004, p. 24/4)

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

- Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (*DO L 375* de 23 de diciembre de 2004, p. 12/18)
- Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (*DO L 289* de 3 de noviembre de 2005, p. 15/22)
- Directiva 2008/115/CE, del PE y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*DO L 348* de 24 de diciembre de 2008, p. 98) o Directiva de la Vergüenza.
- Directiva 2009/52/CE del PE y del C de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (*DOUE L 168*, 30 de junio de 2009, p. 24)
- Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (*DOUE L 155* de 18 de junio de 2009 p. 17).

Prestaremos especial atención a estas tres últimas Directivas. Las dos primeras plasman la denominada «lucha contra la inmigración irregular».

Derecho derivado en materia migratoria: Directivas comunitarias

Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (*DO L 149* de 2 de junio de 2001, p. 34/36)⁵

Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (*DO L 328* de 5 de diciembre de 2002, p. 17/18)⁶

Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DO L 251* de 3 de octubre de 2003, p. 12-18)

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO L 16* de 23 de enero de 2004, p. 44/53)⁷

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

Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (*DO L 261* de 6 de agosto de 2004, p. 19/23)

(5) Transpuesta mediante Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

(6) Transpuesta mediante Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

(7) Ver Instrucción DGI/SGRI/04/2009, sobre la aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en materia de concesión de la autorización de residente de larga duración e Instrucción DGI/SGRI/05/2009, complementaria.

Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (*DO L* 261 de 6 de agosto de 2004, p. 24/4)

Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, regula el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro de los ciudadanos de la UE y de los miembros de su familia⁸ (*DO L* 158 de 30 de abril de 2004, p. 77)

Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (*DO L* 375 de 23 de diciembre de 2004, p. 12/18)

Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (*DO L* 289 de 3 de noviembre de 2005, p. 15/22)

Directiva 2008/115/CE, del PE y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*DO L* 348 de 24 de diciembre de 2008, p. 98) o Directiva de la Vergüenza. Fecha de transposición 24 de diciembre de 2010; en el caso de la asistencia jurídica gratuita, se concede un año adicional de plazo

Directiva 2009/52/CE del PE y del C de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (*DOUE L* 168, 30.6.2009, p. 24). Fecha de transposición 20 de julio de 2011

Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (*DOUE L* 155 de 18 de junio de 2009 p. 17). Fecha de transposición 19 de junio de 2011

II. LA PROYECCIÓN POLÍTICA DEL DERECHO MIGRATORIO EUROPEO: EL PACTO EUROPEO SOBRE INMIGRACIÓN Y ASILO

En 1999 el Consejo Europeo adoptaba las Conclusiones de Tampere, que constituyeron el programa político de la Unión en materia migratoria y asilo. Este programa, que se actualiza quinquenalmente, fue sustituido por el Programa de La Haya, de 2004. El año 2010 debe adoptarse un nuevo Programa, salvo que el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (adoptado los días 14-15 de octubre de 2008) sea prorrogado.

La adopción del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, aprobado durante la presidencia francesa (impulsado directamente por el presidente Sarkozy) había sido impulsada asimismo por España y Alemania.

Este Pacto, entre otras cosas, afirma:

«... El Consejo Europeo confirma solemnemente que las políticas migratorias y de asilo deben ajustarse a las normas del Derecho internacional y en particular a aquellas relativas a los derechos humanos, a la dignidad de las personas y a los refugiados».

(8) Incluimos esta Directiva al regular situaciones de familiares extranjeros de ciudadanos de la UE. Transpuesta por el RD 240/2007, de 16 de febrero.

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo reúne a los Estados miembros alrededor de 5 compromisos importantes:

1. Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro y favorecer la integración.
2. Luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito.
3. Reforzar la eficacia de los controles fronterizos.
4. Construir la Europa del asilo.
5. Establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito favoreciendo las sinergias entre las migraciones y el desarrollo».

La AEDH (Asociación Europea para la Defensa de los DH)⁹ denuncia especialmente:

- Una política de «inmigración elegida», en primer lugar discriminatoria y cuyos objetivos son mal fundados e improcedentes;
- La referencia a medios modernos de reconocimiento, en particular biométricos, para controlar las entradas y salidas de la Unión Europea con la instauración de inter-operatividad de los datos recogidos;
- La denegación sin condición de las regularizaciones colectivas, en desprecio de los derechos de los trabajadores migrantes que no obstante contribuyen, por la mayoría, desde varios años con su trabajo a la prosperidad económica de la Unión;
- La organización de «vuelos conjuntos» de retorno para el alejamiento de los extranjeros indeseables;
- Los pocos avances relativos al derecho de asilo, el mantenimiento del sistema Dublín II cuyas consecuencias dramáticas se miden, sin embargo, diariamente, las mayores dificultades para los solicitantes de asilo de alcanzar las fronteras de los países de la Unión para pedir protección;
- La lógica utilitarista del «dame y te doy»: la entrega de una ayuda al desarrollo, por otra parte poco convincente, con los migrantes más cualificados a modo de intercambio, y el refuerzo de las dificultades pesando sobre los países de emigración.

El Pacto demuestra que el Derecho Migratorio Europeo está aquejado por el denominado «síndrome de las tres R» (readmisión, retorno y repatriación). Los compromisos 2 (retorno) y 3 (controles fronterizos) así lo prueban.

Desde la perspectiva general, este Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo es otro documento político más. La sucesión de tantos documentos políticos sobre migraciones en la Unión Europea en tan poco tiempo (sin contar con los numerosos documentos de la Comisión Europea) demuestra hasta qué punto la misma Unión mantiene una posición bastante titubeante, tan sólo unida en el carácter securitario de la migración que desea.

(9) Ver www.aedh.eu/IMG/pdf/Pacto_europeo_sobre_la_inmigracion_y_el_asilo-3.pdf

III. DERECHO MIGRATORIO EUROPEO, CRUCE DE FRONTERAS Y VISADOS

Nos centraremos ahora en el Derecho Migratorio Europeo y el cruce de fronteras de los Estados miembros por extranjeros. Abordamos pues las clásicas cuestiones de la entrada y la salida del territorio de un Estado de la UE, las cuestiones que podríamos englobar en la denominación de «Derecho Europeo de Extranjería».

1. Referencia al Código de Fronteras Schengen

Hablamos a veces del territorio de la Unión Europea. Jurídicamente ello es inexacto porque sólo los Estados soberanos tienen territorio en sentido internacional; por tanto, en realidad el territorio pertenece a los Estados miembros de la UE; en el caso del sistema Schengen, a los Estados partes en el sistema. Lo que no impide que exista un espacio común con unas flexibles reglas de cruce de fronteras interiores.

Por ello, 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.

De esta forma el mercado interior adquiere una nueva lectura complementaria a la tradicional, ya que, en relación con las personas, el «espacio sin fronteras interiores» del artículo 14 del TCE significa un espacio sin controles en las fronteras interiores para todas las personas independientemente de su nacionalidad.

El TCE establece también la adopción de medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses (artículo 62.3).

Según el Código de Fronteras Schengen se entiende por «fronteras exteriores» las fronteras terrestres de los Estados miembros (incluidas las fluviales, lacustres y marítimas), así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres de los Estados miembros, siempre que no sean fronteras interiores (artículo 2.2); estamos pues ante un concepto negativo, que no puede entenderse sin el concepto de fronteras interiores.

Por lo que se refiere a controles del cruce por las fronteras exteriores la situación es diferente a la existente respecto a las interiores. El Código de Fronteras Schengen señala que «las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas» (artículo 4).

Se entiende por paso fronterizo «todo paso habilitado por las autoridades competentes para cruzar las fronteras exteriores» (artículo 2.8º). Desde luego cada Estado enumera taxativamente los pasos habilitados para tal cruce, ya se trate de fronteras aéreas, ya sean marítimas ya sean terrestres; además esa enumeración o lista se actualiza cuando es necesario.

Por otra parte, para el cruce de estas fronteras se deberá poseer el o los documentos reconocidos como válidos y cumplir las condiciones impuestas por el artículo 5 del Código de Fronteras Schengen.

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

2. Referencia al Reglamento de visados

El Reglamento 539/2001¹⁰ 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 más de 120 Estados y tres entidades o autoridades territoriales a cuyos nacionales se les exige visado; así esta lista refleja desde Afganistán, hasta Zimbabue, pasando por Madagascar, Nigeria, Sudán o Uganda.
- En el anejo II se hallan los Estados y dos regiones administrativas especiales (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 muchos Estados latinoamericanos, a pequeños Estados insulares (Barbados, Bahamas, Mauricio, Seychelles...), etc.

La exención de visado 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 43 Estados exige visado a los ciudadanos de la Unión Europea, puede pasar de la lista de exención a la primera lista de exigencia de visado.

Para completar el panorama habrá que recordar que los nacionales de Islandia, Noruega y Liechtenstein tienen garantizada la libre circulación de personas como si tales Estados fuesen miembros de la Unión Europea; esa garantía la ofrece el **Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo**. Lo mismo sucede con los nacionales de Suiza, Estado con el cual la UE ha firmado diversos acuerdos y que participa plenamente en la aplicación del acervo Schengen.

Finalmente cabe hablar de las excepciones que pueden establecer los Estados miembros al citado Reglamento; el artículo 4 permite esas excepciones en cinco casos:

- Titulares de pasaportes diplomáticos u otros pasaportes oficiales;
- Titulares de salvoconductos expedidos por ciertas Organizaciones Internacionales Intergubernamentales a sus funcionarios;
- Tripulación civil de buques y aeronaves;
- Tripulación y acompañantes de vuelos de asistencia y salvamento, y
- Tripulación civil de buques que operen en las vías fluviales internacionales.

La exigencia de visado para el cruce de las fronteras exteriores se ha completado con el Reglamento (CE) 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los

(10) El Reglamento vigente es de 15 de marzo de 2001, DOCE L 81, 21 de marzo de 2001, p. 1; ha sido modificado en varias ocasiones. Las tres últimas revisiones se producían mediante el Reglamento (CE) 453/2003, del Consejo, publicada en *DO L* de 13 de marzo de 2003, p. 10, incluyendo a Ecuador en la lista de Estados cuyos nacionales precisan visado, mediante el Reglamento (CE) núm. 851/2005, de 2 de junio de 2005, *DO L* 141, 4 de junio de 2005, p. 3, sin modificar las listas correspondientes, y mediante el Reglamento (CE) núm. 1932/2006 del Consejo, incluyendo a Bolivia entre los Estados cuyos nacionales precisan visado (a partir del 1 de abril de 2007).

documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común¹¹. De esta manera se controla todavía en mayor medida el cruce de las fronteras exteriores de la Unión.

Respecto a las medidas en las fronteras exteriores, se pretende un control sistemático de todas las personas que crucen tales fronteras «para salvaguardar la seguridad interna y prevenir la inmigración ilegal» (p. 14); de nuevo estamos ante una criminalización indirecta (pero clara) de la inmigración ilegal¹².

En este nivel se incluye la cooperación entre las policías de los Estados miembros de la UE, llegan en su caso a la «repatriación... de los nacionales de terceros países que hayan entrado en el territorio de Schengen sin autorización, si no tienen derecho a estancia y si no hay obstáculos basados en razones humanitarias o en disposiciones de derecho internacional imperativas (por ejemplo, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos)».

En conexión con esta cuestión, el desarrollo normativo condujo, por ejemplo, a la adopción de una Decisión marco del Consejo (de 13 de junio de 2002) relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros¹³; esta orden de detención europea tiene su aplicación en algunos casos relacionados con la inmigración o que le pueden afectar, como la trata de seres humanos, la ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, el racismo y la xenofobia (artículo 2).

En esta materia resulta importante recordar que la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares¹⁴ obliga a los Estados miembros a sancionar en sus ordenamientos internos a cualquier persona que intencionadamente ayude a un extranjero a entrar en el territorio de los Estados miembros o a transitar por él violando sus derechos internos; les obliga asimismo a sancionar a las personas que intencionadamente y con ánimo de lucro ayuden a un extranjero a la estancia ilegal en territorio de un Estado miembro.

Por otro lado, los Estados miembros intercambian con frecuencia datos sobre los visados; tal exigencia deriva directamente del Reglamento (CE) núm. 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008 sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS)¹⁵.

(11) *DOCE L* 369, 16 de diciembre de 2004, p. 5.

(12) La Subcomisión de Extranjería del CGAE ya se pronunció en similar sentido: «El «control de la inmigración irregular» no es lo mismo que la «lucha contra la inmigración ilegal». Deberíamos ser muy rigurosos con los términos utilizados, si no queremos colocar en el punto de mira represivo al propio inmigrante, pues corremos el riesgo de equivocarnos el objetivo y perseguir a las víctimas en lugar de sancionar a los verdaderos culpables. Debemos transmitir muy claramente que no es lo mismo «inmigración irregular» que «inmigración ilegal», como tampoco es lo mismo «facilitar» que «beneficiarse o traficar» con la inmigración irregular. Tal es así, y lo advertimos desde este momento, que podemos llegar a confundir la lucha contra la inmigración ilegal con la «lucha contra la inmigración», como en un lapsus? lo ha convertido el redactor del anteproyecto gubernamental (Pág. 5; párrafo 4º de la Exposición de Motivos)». (*Revista Abogados* núm. 54).

(13) Decisión 2002/584/JAI, texto en *DOCE L* 190. 18 de julio de 2002, p. 1.

(14) *DO L* 328, 5 de diciembre de 2002, p. 17.

(15) *DOUE L* 218, 13 de agosto de 2008, p. 60.

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

A su vez, el Reglamento (CE) núm. 81/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 562/2006 en lo relativo al Sistema de Información de Visados (VIS) en el marco del Código de Fronteras Schengen¹⁶, afecta al denominado Código de Fronteras Schengen sobre todo en su artículo 7, para intentar evitar la falsificación de documentos, potenciando el Sistema de Información de Visados.

Finalmente no debemos olvidar la existencia de la Instrucción Consular Común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera¹⁷. La instrucción tiene como base los artículos 5 y 15 del convenio de aplicación del acuerdo de Schengen.

IV. LA DIRECTIVA DE RETORNO, LA DIRECTIVA DE SANCIONES A LOS EMPLEADORES Y LA DIRECTIVA DE LA TARJETA AZUL (BLUE CARD)

Veamos ahora la evolución más reciente del Derecho Migratorio Europeo, configurada sobre todo por tres Directivas: La Directiva de Retorno, la Directiva de Sanciones a los Empleadores y la Directiva de la Tarjeta Azul.

1. La Directiva de retorno o de la vergüenza

Hablamos ahora de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹⁸, Directiva de la Vergüenza o Directiva de Expulsión¹⁹.

El objeto último de esta Directiva es lograr el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (artículo 1). Ha de tenerse presente que ni el Reino Unido ni Dinamarca ni Irlanda participan en la Directiva analizada; por el contrario, sí lo hacen Islandia, Noruega y Suiza, además de Liechtenstein.

Según el artículo 3, «situación irregular» es la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro.

El mismo artículo 3 define el «retorno» como «el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a:

- su país de origen, o
- un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u

(16) *DOUE L* 35, 4 de febrero de 2009, p. 1

(17) *DOUE C* 326, 22 de diciembre de 2005, p. 5

(18) *Diario Oficial de la UE L* 348 de 24 de diciembre de 2008 p. 98.

(19) Ver en esta misma REDMEX núm. 18, pp. 121 y ss., el dossier titulado Directiva de retorno, Directiva de expulsión (Nota crítica a vuelapluma desde los Derechos Humanos), elaborado por P. AGUELO y A. CHUECA

- otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual será admitido».

A) Una visión crítica de esta Directiva

Son los Estados miembros los que adoptan la decisión de retorno, tanto para los extranjeros que se hallen en situación regular en otro Estado miembro distinto al que decide como para quienes se hallen en situación irregular en el territorio del Estado decidido.

La decisión de retorno dará un primer plazo entre 7 a 30 días para «salida voluntaria».

¿Qué voluntariedad es ésta? Porque el artículo 3 dice que es «salida voluntaria» el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno. Si existe una obligación, ¿dónde está la voluntariedad?

Si no se produce la salida «voluntaria», los Estados miembros procederán a la expulsión mediante un acto «de naturaleza administrativa o judicial por el que se ordene la expulsión».

Pueden ser «retornados» y «expulsados» los menores extranjeros no acompañados, para ser entregados a su familia, su tutor o a «los servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno» (artículo 10). ¿Es la policía del Estado de origen un servicio adecuado?

Dictada una decisión de retorno, se establecerá en ella la prohibición de entrada. Según el artículo 11.2º,

«La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional».

Si pasamos a las garantías procedimentales (artículos 12-14), las decisiones deben dictarse por escrito, con fundamentos de hecho y de derecho. Lo curioso surge en la comunicación al afectado, pues según el artículo 12.2:

«los Estados miembros proporcionarán, previa petición, una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones relativas al retorno, conforme a lo dispuesto en el apartado 1, incluida información sobre las vías de recurso disponibles, en una lengua que el nacional de un tercer país comprenda o pueda suponerse razonablemente que comprende» (negrita añadida). Además del derecho a un recurso efectivo, el extranjero podrá tener «asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia jurídica» (artículo 13.3º).

Se regula a su vez el internamiento de extranjeros «a efectos de expulsión». ¿Y la duración del internamiento? Por regla general, será de un máximo de 6 meses (artículo 15.5). Ello suscita al menos dos preguntas de calado: ¿Cuántas penas impuestas a delincuentes tienen en los Códigos Penales de los Estados Miembros una menor duración que ésta? ¿Dónde se halla la proporcionalidad?

Por si fuera poco, este desafortunado artículo 15 prosigue en su párrafo 6º:

«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,

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a:

- a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o
- b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria».

Si la primera causa de prórroga es lógica y atiende a una conducta posiblemente dolosa del extranjero, la segunda carga sobre sus espaldas las consecuencias de una conducta ajena.

Al leer el artículo 16 comprobaremos que el internamiento se producirá por norma general «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».

En fin, esta Directiva debe ser incorporada a los ordenamientos estatales a más tardar el 24 de diciembre de 2010; en el caso de la asistencia jurídica gratuita, se concede un año adicional de plazo.

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos, la Directiva presenta al menos cuatro problemas graves de tipo estructural:

- 1º Inseguridad jurídica palmaria.
- 2º Duración del internamiento hasta 18 meses. ¿Cuántos delitos son castigados con penas menores que ésta en nuestro Código Penal?
- 3º Por otro lado, es posible el internamiento en centros penitenciarios
- 4º El internamiento de menores y familias puede ser contrario a la obligación del «respeto al derecho de la vida familiar» contenida en el artículo 8, Convención Europea de los Derechos Humanos, que obliga a todos los Estados Miembros.

Esta Directiva suscita, entre otras, la cuestión esencial de si el interés superior del menor, recogido por la Convención de Derechos del Niño, se materializará acaso en el internamiento. En otras palabras:

- ¿Es compatible esta Directiva con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE?
- ¿Es compatible esta Directiva con la Convención de Derechos del Niño, ratificada por todos los Estados Miembros?
- ¿Es posible, en alguna circunstancia, el internamiento de menores en centros penitenciarios?

B) Algunas reacciones

Estamos ante una Directiva fuertemente contestada por ONGs, juristas, etc., porque atenta contra los Derechos Humanos de los extranjeros a expulsar.

La impugnación resultó especialmente significativa en el ámbito americano; la Organización de los Estados Americanos, la UNASUR, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc., criticaron la incongruencia europea. Veamos el ejemplo del MERCOSUR:

«DECLARACIÓN DE LOS PRESIDENTES DE LOS ESTADOS PARTE DEL MERCOSUR Y ESTADOS ASOCIADOS SOBRE LA “DIRECTIVA DE RETORNO”»²⁰

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.

Reafirman el valioso aporte que para el desarrollo de los países de destino representa la población migrante, en los aspectos social, económico, político, cultural, científico y académico; e insisten en la necesidad de garantizar la inserción de la persona migrante en las sociedades de acogida a través de políticas de inclusión amplias, formuladas con la participación de las comunidades de migrantes.

Reivindican el aporte positivo de nuestros migrantes connacionales en todos los países de destino en la Unión Europea, tanto en el plano social y cultural como en el económico.

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 y la adopción de políticas migratorias restrictivas, en particular hacia los sectores más vulnerables –las mujeres y los niños–. 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.

Exhortan a la UE a impulsar políticas consistentes con la promoción de los derechos humanos y el desarrollo integral e instan a los países que la conforman, a mantener y profundizar los compromisos asumidos en los objetivos del milenio, en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario y en la jurisprudencia internacional sobre la materia, como en los diálogos de la UE con América Latina y el Caribe, con el MERCOSUR, la CAN y Chile.

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

(20) 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>.

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

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 aplicación de la Directiva de retorno puede hacerse mediante vuelos conjuntos, que encubren expulsiones colectivas

Hemos de citar ahora la Decisión 2004/573/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004 relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión²¹.

La Decisión se enmarca plenamente en el síndrome de las tres «R» al que nos hemos referido, conjugando la repatriación o expulsión con la readmisión por Estados de origen.

El objetivo de la Decisión es coordinar las expulsiones conjuntas por vía aérea desde varios Estados miembros de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión individuales (artículo 1). No cabe su aplicación a ciudadanos de la UE o a nacionales de otros Estados que forman parte del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein, más Suiza).

Es un vuelo conjunto «el transporte de nacionales de terceros países realizado por el transportista aéreo seleccionado a tal efecto» (artículo 2).

Esta Decisión tiene un importante Anexo, titulado **Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea**. En este Anexo se regulan, por ejemplo, las condiciones relativas a los repatriados, las condiciones relativas a los escoltas (que pueden ser agentes de los Estados que expulsan o escoltas privados y, en todo caso, no deben ir armados), las fases del transporte y entrega, etc.

En el citado Anexo se establecen además algunas medidas de seguridad a bordo de las aeronaves; sorprende que los expulsados deban llevar atados los cinturones durante todo el trayecto (como método de inmovilización).

Todavía más sorprendente es que, al regular el uso de las medidas coercitivas, la Decisión subraya en primer término que «en caso de duda, la operación de expulsión, incluido el empleo de medidas legales coercitivas a causa de la resistencia y peligrosidad del repatriado, se suspenderá con arreglo al principio de «ninguna expulsión a cualquier precio». Pero el texto prosigue: «La medida coercitiva no deberá dificultar o poner en peligro la capacidad del repatriado para

(21) *DOUE L* 261, 6 de agosto de 2004, p. 28

respirar normalmente». ¿Hasta dónde pueden llegar entonces las medidas coercitivas? ¿Son compatibles este tipo de medidas con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes? Porque un Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos incumple esta norma no solamente cuando se trata de actos realizados directamente por ese Estado sino también cuando expulsa a un extranjero al territorio de un Estado en el que vaya a sufrir dichos tratos inhumanos y degradantes; obviamente los Estados expulsantes no se preocupan por confirmar que los Estados de readmisión no tratan mal a los expulsados.

Además, globalmente ha de destacarse el carácter perverso de los vuelos conjuntos para los extranjeros y para la misma imagen de la propia UE. Podremos preguntarnos si de los buques esclavistas del siglo XIX (fletados por los Estados europeos) no estamos pasando a vuelos de un signo cercano al esclavismo. Finalmente, todo parece indicar que, en ocasiones, los vuelos conjuntos están encubriendo auténticas expulsiones colectivas²², prohibidas por el Derecho Internacional Público incluso aun cuando se trate de personas en situación irregular.

2. La Directiva sobre sanciones a los empleadores de personas en situación irregular

Veamos ahora la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular²³.

Mediante 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».

Entre las definiciones (artículo 2) sobresalen las de «empleo ilegal» (la contratación de un nacional de un tercer país en situación irregular), «empleador» (toda persona física o entidad jurídica, incluidas las agencias de trabajo temporal, para la cual o bajo cuya dirección o supervisión se ejerza el empleo) y «subcontratista» (toda persona física o entidad jurídica a quien se conceda la ejecución parcial o total de las obligaciones contempladas en un contrato preexistente).

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 intitulación de «Prohibición del empleo ilegal») señala:

(22) A pesar de que la Decisión señala que se aplica solamente a las personas sobre las que hayan recaído resoluciones individuales de expulsión.

(23) *Diario Oficial L 168* de 30 de junio de 2009 p. 24

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

- «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 4.1º, 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».

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 3º de este artículo 5 prevé 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».

Pero hemos de observar que la reducción en la sanción económica no implica su desaparición.

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 las mismas cuando el artículo 9 afirma que la violación de la prohibición del empleo ilegal 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:
- 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».

En fin, 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.

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

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»²⁴

3. La Directiva «Tarjeta Azul»

Nos referimos ahora a la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado²⁵, también denominada «Directiva Tarjeta Azul de la UE». Su incorporación al Derecho de cada Estado miembro debe hacerse antes del 19 de junio de 2011.

Esta Directiva tiene como objeto convertir a la Unión Europea en un destino atractivo y responder a las necesidades de mano de obra cualificada, estableciendo un procedimiento común abreviado y flexible para la admisión de inmigrantes muy cualificados, así como unas condiciones de residencia y movilidad atractivas para ellos y sus familias.

La Directiva define la «persona altamente cualificada» como aquella que tiene la competencia adecuada y específica requerida, demostrada por una cualificación profesional superior; define después «cualificación profesional superior» como la obtenida mediante un título de enseñanza superior o a través de 5 años de experiencia profesional comparable a la enseñanza superior.

Los nacionales de terceros países que cumplan las condiciones previstas por la Directiva podrán adquirir una «Tarjeta Azul»; esto conlleva importantes ventajas; sobre todo, las siguientes:

- 1^a Se flexibiliza su régimen de admisión en el territorio de un Estado miembro (artículo 5). Por eso esta tarjeta le permite entrar, volver a entrar y permanecer en el territorio del Estado miembro que la haya expedido (artículo 7).
- 2^a Se les expide la «Tarjeta Azul UE» (*Blue Card*), con una validez que va desde 1 a 4 años (artículo 7).

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

(25) DOUEL 155 de 18/06/2009, p. 17

- 3^a Los dos primeros años los poseedores de la Tarjeta Azul acceden sólo a las actividades de empleo remunerado indicadas o señaladas en la propia tarjeta. «Transcurridos los dos primeros años, los Estados miembros podrán conceder a los interesados igual trato que a los nacionales en lo que respecta al acceso al empleo altamente cualificado» (artículo 12.1^o).
- 4^a Se benefician de la igualdad de trato en cuanto a condiciones de trabajo, salario y despido, así como salud y seguridad en el trabajo, libertad de asociación, acceso a la educación y la formación profesional, reconocimiento de diplomas, pensiones por vejez, etc.
- 5^a Se flexibiliza la reagrupación familiar; por ejemplo, el artículo 15.2^o señala: «la reagrupación familiar no estará supeditada al requisito de que el titular de la tarjeta azul UE tenga unas perspectivas razonables de obtener el derecho de residencia permanente ni a que haya cumplido un período mínimo de residencia».
- 6^a Se les facilita la consecución del estatuto de residentes de larga duración (artículo 17).

La Directiva tiene por objeto además facilitar la movilidad de los titulares de la Tarjeta Azul dentro de la Unión Europea. Después de un período de estancia y trabajo en un primer Estado miembro, podrán desplazarse a otro Estado miembro para ejercer un empleo altamente cualificado (teniendo presentes los límites establecidos por las autoridades de este segundo Estado relativos al número de extranjeros que pueden ser admitidos). El procedimiento es el mismo que el relativo a la admisión en el primer Estado miembro.

Por otro lado, resaltaremos la complementariedad del dispositivo de la Tarjeta Azul europea y de los dispositivos nacionales de expedición de permisos de residencia para fines de empleo.

Interesa realizar (como lo hizo el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado²⁶) un examen comparativo entre la Directiva «Tarjeta Azul» y el Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico del trabajador migrante, adoptado en 1977 en el ámbito del Consejo de Europa, ratificado por 10 Estados Miembros de la UE (España entre ellos).

En dicho análisis comparativo podemos observar al menos dos contradicciones entre ambos textos normativos:

1^a) En primer término surge una contradicción en cuanto a la adscripción del poseedor de la Tarjeta Azul a determinado puesto de trabajo o sector económico.

Dice el artículo 8 del Convenio: «Un permiso de trabajo otorgado por primera vez no podrá, por regla general, vincular al trabajador al mismo empleador o a la misma localidad por un período superior a un año».

El artículo 12.2 de la Directiva señala expresamente que durante los dos primeros años de validez de la Tarjeta Azul, «los cambios de empleador estarán supeditados a la autorización previa por escrito de las autoridades competentes del Estado Miembro».

2^a) Surgen, además, problemas en materia de desempleo. La Directiva otorga 3 meses como máximo de desempleo para que no sea retirada la Tarjeta Azul (artículo 13.1^o), por el contrario,

(26) *DO C* 27 de 3 de febrero de 2009, p. 108

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

el Convenio otorga en su artículo 9.4, 5 meses para que no se retire el correspondiente permiso al trabajador extranjero.

Ciertamente ambas contradicciones no son irresolubles, pues la propia Directiva prevé la aplicación de la norma más favorable (artículo 4). Pero habrá que tener presentes estos datos para que los Estados partes en el Convenio de 1977 no violen sus normas, aduciendo que la Directiva se lo permite; la primacía del Derecho Internacional sobre los Derechos Internos (incluido el Derecho Interno de la Unión Europea) obliga a ello.

Por otro lado, esta Directiva suscita al menos dos grandes cuestiones:

1ª) ¿No establece la Directiva de la Tarjeta Azul una política de «inmigración elegida», claramente discriminatoria en derechos respecto a otros inmigrantes menos cualificados?

2ª) Al potenciar la fuga de cerebros del Sur hacia el Norte, la Unión Europea se está aprovechando de los esfuerzos realizados por los Estados en desarrollo para formar personal altamente cualificado. En otras palabras, está privando a dichos Estados de su mejor capital humano.

V. EL PRÓXIMO PASO: HACIA UN PERMISO ÚNICO Y DERECHOS COMUNES PARA TODOS LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN LA UE

Hemos de partir del COM (2007) 638 final, que contiene la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (propuesta presentada el 23 de noviembre de 2007).

El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior analizaba esta materia en su reunión de Bruselas de 6 de abril de 2009²⁷.

El objetivo de esta propuesta es ambicioso, buscando una importante armonización normativa entre los Estados miembros de la UE.

En abril de 2009, el Consejo mantuvo un debate político sobre esta propuesta. El cambio de impresiones se centró entonces principalmente en el ámbito de aplicación de la futura Directiva y se basó en un texto transaccional de la Presidencia. El Consejo encomendó a sus órganos preparatorios que prosiguieran el estudio de la propuesta con vistas a finalizar lo antes posible las negociaciones sobre la Directiva.

Con esta propuesta se pretende simplificar los procedimientos de admisión a efectos de trabajo, contribuyendo así a controlar mejor la inmigración. Para ello la propuesta establece un sistema de ventanilla única para los nacionales de terceros países que deseen vivir y trabajar en un Estado miembro de la UE.

Prevé un procedimiento asimismo único de solicitud, con lo que el proceso se simplificará, se abreviará y se acelerará, tanto para los empleadores como para los migrantes.

(27) Texto en <http://www.consilium.europa.eu/App/NewsRoom/loadBook.aspx?id=352&lang=7&bid=86&infotarget=&target=>

En la propuesta no se determinan las condiciones en las que el nacional de un país tercero puede ser admitido, condiciones que siguen quedando a discreción del Estado miembro. Por ello debemos seguir hablando de armonización y no de uniformización.

De ser concedido, el permiso para residir y trabajar debe emitirse en un único acto. El permiso único adoptará el formato armonizado que existe actualmente para los permisos de residencia.

Al reconocer que los nacionales de terceros países que trabajan legalmente contribuyen a la economía europea del mismo modo que los ciudadanos de la UE, la propuesta otorga además derechos socioeconómicos básicos similares a los de estos ciudadanos. La igualdad de trato incluye condiciones laborales, salud y seguridad en el trabajo, educación, formación profesional, reconocimiento de cualificaciones, seguridad social, transferencia de pensiones, etc.

La propuesta de la Comisión Europea de octubre de 2007 ha sido objeto de debates exhaustivos que han conducido a un grado considerable de acuerdo sobre numerosas disposiciones. La propuesta requiere la unanimidad del Consejo. El Parlamento Europeo emitió su dictamen en noviembre de 2008.

VI. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO MIGRATORIO EUROPEO A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Reiterando el contenido del vigente artículo 6 del Tratado de la UE, señala el Informe anual de la UE sobre los Derechos Humanos 2008:

«El respeto de los Derechos Humanos constituye el fundamento de la Unión Europea, junto con las libertades fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho. Sin Derechos Humanos no puede haber paz duradera ni seguridad ni desarrollo sostenible. La UE está convencida de que éste es un motivo legítimo de preocupación y una responsabilidad fundamental de la comunidad internacional. Por lo tanto confiere una importancia particular al respeto de los Derechos Humanos, tanto dentro como fuera de sus fronteras»²⁸.

La cuestión básica suscitada en el fondo de la evolución del Derecho Migratorio Europeo es si las normas de la UE resultan compatibles con los Derechos Humanos que la misma Unión predica y lo son sin discriminación.

En la concepción defendida en el Derecho Migratorio Europeo se comprueba la existencia del síndrome de las tres «R» (retorno, readmisión, repatriación), pues la inmigración es estructurada y sus normas elaboradas mediante una concepción securitaria.

El Informe anual de la UE sobre los Derechos Humanos 2008 defiende esta concepción sin ningún tapujo, cuando dice:

«Los asuntos de migración, asilo y refugiados figuran entre las prioridades de las políticas de la Unión Europea, tanto dentro de la UE como en sus relaciones exteriores. La UE destaca la necesidad de continuar la aplicación de los programas de Tampere y La Haya de Justicia y de Asuntos de

(28) Bruselas, 27 de noviembre de 2008, 14146/2/08 REV 2, p. 7

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

Interior, y de trabajar en las medidas posteriores para seguir fortaleciendo la seguridad interna de Europa así como las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos»²⁹.

Interesa, por tanto, la seguridad interna de Europa; interesan las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, no de todas las personas.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, no debemos olvidar la primacía del Derecho de la UE sobre los derechos internos. Partimos de una constatación clara: El Derecho Migratorio Europeo cada día tiene más peso en el ordenamiento interno de sus Estados miembros; y cada día cubre más parcelas o materias.

Si repasamos este Derecho Migratorio, observaremos agujeros importantes en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en materia migratoria, el régimen de visados depende en gran medida de la instrucción consular común (norma cuya naturaleza es desconocida y cuyo respeto a los Derechos Humanos se puede cuestionar), observamos los problemas que suscita la Decisión sobre vuelos conjuntos, no podemos pasar por alto la gravedad de la denominada «Directiva de la vergüenza», la Directiva sobre reagrupación familiar no respeta el derecho a la vida familiar...

¿Qué sucede entonces con el Derecho Migratorio Europeo? ¿Puede pasar el test de compatibilidad con los Derechos Humanos internacionalmente proclamados y protegidos?

Desgraciadamente estamos en una «Europa Fortaleza», una ciudadela europea, reforzada con muros cada vez más inexpugnables, generalmente de tipo jurídico; una UE preocupada en primer lugar por cuestiones securitarias, no por los Derechos Humanos.

Se aduce con frecuencia la lucha contra la inmigración irregular. Y ya es cuestionable la utilización del bélico término «lucha».

Las acciones contra la inmigración irregular olvidan el pasado (no hace siglos) de los europeos que migraban donde podían, en busca de un mejor desarrollo o de simple supervivencia, que aquí no alcanzaban.

La xenofobia que van destilando algunas normas europeas (Directiva de la vergüenza, Directiva de sanciones a los empleadores de extranjeros en situación irregular), algunas normas italianas (las actuales reformas sobre criminalización de la inmigración irregular, prohibiendo la inscripción en el registro civil de los niños nacidos de padres en situación irregular) y algunas posiciones francesas (contrato de integración, Ley Hortefeux) no presagian nada bueno para la evolución presente y futura del Derecho Migratorio Europeo.

Sobre la Directiva de retorno ha escrito C. VILLEGAS DELGADO: «La Directiva de retorno rompe, por un lado, con uno de los objetivos esenciales del Estado de Derecho: garantizar la libertad y la igualdad de las personas y, por otro, no es consistente con las exigencias democráticas que tanto defienden las sociedades europeas».

Veamos tres efectos perversos del actual Derecho Migratorio Europeo. Son los siguientes:

- 1) La criminalización de los extranjeros en situación irregular e incluso la criminalización de quienes les ayudan. Se ven privados de libertad (a través del internamiento) durante más tiempo que si hubieran cometido delitos tipificados en nuestros Códigos Penales.

(29) Doc. cit., p. 107

- 2) La desjudicialización progresiva de la protección de los extranjeros, dejando, por ejemplo, la decisión sobre retorno en manos de autoridades administrativas o judiciales. Los derechos de los extranjeros sufren así una gran merma en su protección.
- 3) El olvido de un principio tan esencial como el interés superior del niño, que la Directiva de retorno dice respetar a la vez que permite su internamiento.

Hasta hace unos sesenta años, los europeos defendían con ahínco el derecho a migrar. Hoy, cuando no envían migrantes sino que los reciben, se olvidan por completo de semejante derecho. En esta misma perspectiva, ninguno de los Estados miembros de la UE ha ratificado el Convenio de 1990 de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

Resulta curioso que el Informe anual de la UE sobre los Derechos Humanos 2008 finaliza incluyendo en su anexo II un calendario de los Días Internacionales dedicados a los Derechos Humanos. Incluyen hasta 15, pero se olvidan del 18 de diciembre, Día del Inmigrante y sus Derechos.

En el trato a los extranjeros la UE se juega su misma alma, su misma esencia. Porque la UE o es una unión de derechos humanos para todas las personas o habremos de concluir que carece de legitimidad.

VII. EPÍLOGO: LA INCIDENCIA DEL DERECHO MIGRATORIO EUROPEO SOBRE LAS REFORMAS EMPRENDIDAS EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

1. La primacía del Derecho de la Unión Europea

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, no debemos olvidar la primacía del Derecho de la UE sobre los derechos internos. Partimos de una constatación clara: El Derecho Migratorio europeo cada día tiene más peso en el ordenamiento interno de sus Estados miembros; y cada día cubre más parcelas o materias.

El Consejo de Estado en el Dictamen acerca del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Extranjería de 25 de junio 2009 señala:

«nuestra legislación migratoria cada vez está más influida por la normativa europea, considerando positivo contar con un marco normativo europeo común en materia de inmigración, y de forma particular en los tres grandes ejes de la política migratoria, a saber, la canalización ordenada y legal de los flujos migratorios, la integración de los inmigrantes y la lucha contra la inmigración irregular».

Como recordábamos al tratar del Derecho derivado europeo, el artículo 249 del vigente Tratado de la Comunidad Europea dispone:

«el reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Por consiguiente, el derecho interno deberá acomodar necesariamente sus normas al Derecho migratorio europeo, si bien con el amplio margen de regulación que permite la homogeneización legislativa a través de las Directivas.

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

La actual reforma de la normativa de extranjería española precisamente tiene como uno de sus objetivos explícitos recoger el contenido de las Directivas aprobadas con posterioridad a la última reforma de la LOEX (Ley 4/2000, de 11 de enero) y RELOEX (RD 2393/2004, de 30 de diciembre)³⁰. En realidad la exposición de motivos reseña cuatro:

- En primer lugar la adecuación del texto legal a las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los recursos interpuestos contra la reforma LOEX 8/2000.
- En segundo término, la transposición al Derecho español de un importante número de Directivas adoptadas en el ámbito de la Unión Europea.
- Además la nueva reforma materializa la conveniencia política de promover algunas reformas restrictivas en el ámbito de la reagrupación familiar.
- En cuarto lugar, se pretende prohibir las regularizaciones masivas y dejar tan sólo las regularizaciones individuales por la vía del arraigo.

Directivas pendientes de transposición que pretenden incorporarse mediante el texto de reforma de la LOEX actualmente en trámite parlamentario:

- Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO L* 16 de 23 de enero de 2004, p. 44/53)
- Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (*DO L* 321 de 6 de diciembre de 2003, p. 26/31)
- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (*DO L* 261 de 6 de agosto de 2004, p. 19/23)
- Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (*DO L* 261 de 6 de agosto de 2004, p. 24/4)
- Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (*DO L* 375 de 23 de diciembre de 2004, p. 12/18)
- Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (*DO L* 289 de 3 de noviembre de 2005, p. 15/22)
- Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de

(30) Así se señala en la exposición de motivos del texto del proyecto de Ley Orgánica de reforma.

nacionales de terceros países en situación irregular (*DOUE L 168*, 30 de junio de 2009, p. 24). Fecha de transposición: 20 de julio de 2011

- Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (*DOUE L 155* de 18 de junio de 2009 p. 17). Fecha de transposición: 19 de junio de 2011.

2. La reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Las principales reformas que se contienen en texto del proyecto de ley son:

- Artículos 2 bis y 2 ter: Política migratoria e integración.
- Artículos 5 al 15: Derechos y libertades: redacción acomodada a la jurisprudencia del TC y en particular debe citarse la STC 236/2007. Particular problemática: derecho a la educación.
- Artículos 17 a 18 bis: Reagrupación familiar.
- Artículo 22: Asistencia Jurídica Gratuita.
- Artículos 25 a 26: Situaciones. Destacan:
 - Víctimas de violencia de género: Artículo 31 bis.
 - Residencia de larga duración: Artículo 32.
 - Menores no acompañados: Artículo 35.
- Artículos 51 a 65 y 71: Régimen sancionador:
 - Nuevas infracciones: Artículo 53. Promover la permanencia irregular en España.
 - Ampliación del internamiento: Artículo 62.

3. Algunas consideraciones críticas

Aun cuando en estos momentos resulta pronto para pronunciarnos sobre el contenido concreto de una reforma que todavía se encuentra en trámite parlamentario, a vuelapluma podemos realizar algunas urgentes consideraciones:

- 1º) Con carácter previo debemos recordar, como lo hace el texto de la enmienda a la totalidad presentada por ERC-IU-EV el 10 de julio de 2009, que: «Las directivas europeas son normas de mínimos, es decir el deber de transposición no justifica un retroceso en nuestra legislación».
- 2º) Nos hallamos en un nuevo proceso de modificación de la Ley Orgánica de Extranjería más complejo de lo que a primera vista pueda parecer, y desde luego mucho más de lo que el Gobierno ha querido dar a entender con sus informaciones a los medios de comunicación. Más de 50 preceptos de los 71, que componen la vigente Ley Orgánica de Extranjería, son

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

objeto de una nueva y profunda redacción que contiene elementos de signo muy variado que podríamos interpretar como una voluntad de dar «una de cal y otra de arena».

Este proceso de reforma debiera servir de escenario de reflexión a todos los estamentos implicados en la regulación de la situación jurídica de los extranjeros en España para desarrollar un Derecho de Extranjería, con vocación de permanencia y estabilidad con la persona como centro de su regulación y con la firme voluntad de reconocer y garantizar los Derechos Humanos de las personas migrantes. Pero no es seguro que la reforma pretenda ese objetivo; de ahí que sus principales problemas hayan sido puestos de manifiesto –entre otras instituciones– por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, el CGPJ, y el Consejo de Estado.

- 3^º) Frente a aspectos que se pueden calificar como «saludables con reservas» (derechos fundamentales, reagrupación familiar o las mayores garantías a dar a las víctimas de la trata de personas, entre otros), encuentra un buen número de «aspectos francamente rechazables» (como la restricción de derechos sociales, la restricción del derecho a la educación o la reagrupación familiar de ascendientes menores de 65 años).

Causan especial preocupación la postulación procesal, el exceso sancionador, el trato a los menores no acompañados y la ampliación del internamiento.

- 4^º) En materia de derechos, como señala la enmienda a la totalidad presentada por ERC-IU-EV:

«Si bien el proyecto de la ley que se presenta reconoce a los extranjeros en situación irregular los derechos constitucionales de asociación, reunión, sindicación y huelga, aprovecha la transposición de la normativa europea para introducir un nuevo recorte de derechos y una visión utilitarista de la inmigración orientada a las necesidades productivas».

En particular: «En lo relativo al derecho a la educación y el acceso a becas y ayudas, el proyecto de ley sigue incumpliendo el mandato del Tribunal Constitucional, discriminando a los extranjeros no residentes mayores de edad, obviando la vinculación entre educación e inclusión social».

El Consejo de Estado en su Dictamen también había advertido de la posible inconstitucionalidad de la regulación del Derecho a la educación en el texto de anteproyecto de la LOEX y propone la supresión de la exigencia de residencia de la redacción del artículo 9.2 e incorporación de una regla general sentando que «todos los extranjeros tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa, incluidos los tratados internacionales, que forman parte de nuestro ordenamiento interno (artículo 96.1, Constitución Española) especialmente la Convención de Derechos del Niño».

En relación con los derechos en materia de vivienda, el Dictamen del Consejo de Estado señala que «si bien las limitaciones no son objetables desde un punto de vista constitucional, sería deseable ampliar la acción de los poderes públicos en esta materia tal y como se deriva del Plan Estratégico de Ciudadanía e integración aprobado por el Gobierno en 2007 con la finalidad de no crear una nueva “exclusión residencial”».

Llama también la atención que el texto del proyecto realice una regulación regresiva del derecho a la reagrupación familiar incluso más allá del mandato comunitario. El Dictamen del Consejo de Estado previene que «el requisito del reagrupante de ser residente de larga duración sí colisiona con la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003,

por lo que debiera suprimirse o modificarse». Efectivamente, el artículo 8 de esta Directiva afirma: «Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él».

- 5º) Especial mención merece la nueva regulación de la **postulación procesal** (artículo 22 bis, del Anteproyecto) la exigencia de una postulación procesal especial a los extranjeros en la jurisdicción contencioso-administrativa hace que la tentación de seguir restringiendo derechos constitucionales básicos a los extranjeros en que no se ha caído en otros artículos se produzca aquí.

El Gobierno se alinea con las posturas más reaccionarias de la judicatura, que pretende restringir el derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros –inamoviblemente reconocido como propio de la condición humana para toda persona–.

En esta misma posición y por lo que respecta al resto de derechos sociales y laborales, el texto de la enmienda a la totalidad de ERC-IU-EV señala:

«el proyecto de ley tampoco cumple con unos mínimos. El derecho a la tutela judicial efectiva queda en entredicho, al dificultarse el acceso a la asistencia jurídica gratuita, exigiéndose una nueva solicitud para el acceso a la vía jurisdiccional, además de una reiteración de la voluntad de recurrir, requisitos éstos que en cambio no se exigen a los españoles. De la misma manera debería de aprovecharse la reforma para incluir la supresión de las disposiciones adicionales relativas a la inadmisión a trámite (...)».

¿Por qué si un español que quiere recurrir una multa o ser tutelado en una sanción grave sólo tiene que pedir un abogado al correspondiente Colegio para que le defienda, mientras un extranjero tiene que someterse además, sin otro motivo y razón que ser extranjero, a un complejo y trabado procedimiento adicional de ratificación? Máxime cuando el extranjero en muchas ocasiones puede encontrarse fuera de España, y referir que ese procedimiento puede hacerse a través de los consulados es o de una ignorancia supina del estado de nuestros consulados en el exterior o de un cinismo inaceptable. Si no hay justificación para esa discriminación, la vinculación con el derecho a la tutela efectiva puede convertir la regulación en inconstitucional.

Esa restrictiva regulación podría contravenir los tratados internacionales ratificados por España, que atribuyen ese derecho a todas las personas, sea cual fuere su nacionalidad y su situación migratoria. Además de recordar el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice expresamente en su artículo 14.1: «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia». La exigencia de una postulación procesal especial a los extranjeros viola esta norma, porque los discrimina.

- 6º) Se observa asimismo una regulación con un **exceso sancionador**, que transmite una cierta percepción de «**criminalización**» del inmigrante irregular. Muchas de las novedades suponen una vuelta de tuerca en la política represiva contra los extranjeros en general y no sólo, como declara la retórica oficial, contra la inmigración irregular. Es motivo de honda preocupación que el texto haya puesto el acento en aspectos restrictivos y en el sentido de incrementar las sanciones frente a las situaciones de mera irregularidad, la inclusión de conceptos rechazables, algunos de ellos extraídos del derecho penal y que se contienen en

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

la Directiva europea de la vergüenza y que no hacen sino favorecer la criminalización de las personas por una mera situación de irregularidad documental.

El «control de la inmigración irregular» no es lo mismo que la «lucha contra la inmigración ilegal». Debemos transmitir muy claramente que no es lo mismo «inmigración irregular» que «inmigración ilegal», como tampoco es lo mismo «facilitar» que «beneficiarse o traficar» con la inmigración irregular.

De hecho se confunde la lucha contra la inmigración irregular con la lucha contra el inmigrante irregular y se extiende incluso a todo su ámbito personal, familiar, laboral, etc., generando una atmósfera de persecución a su alrededor más propia de un estado policial que de un Estado social y democrático de Derecho.

- 7º) Respecto al trato a dar a los menores no acompañados, en la misma línea que la Directiva de la vergüenza, no se duda en incumplir Convenios Internacionales, sobre todo la Convención de los Derechos del Niño cuando, ante la comisión de ciertos delitos, se le trata con la misma dureza y rigidez que a los adultos y se le somete a una «obsesión por la expulsión» digna de otra causa. De esta forma, se atenta gravemente contra la seguridad jurídica del menor, que podrá ser repatriado incluso después de tener su permiso de residencia.
- 8º) Finalmente, la ampliación del internamiento a 60 días no debe ocultar que se pretende que además éste sea sistemáticamente por ese tiempo. Ello refleja que en realidad el internamiento no se concibe como una mera medida cautelar, sino como un instrumento represivo más de castigo. Lamentable operación de imagen por la que tendrán que pagar con su libertad miles de personas. El texto no regula la expresa prohibición de autorizar internamientos menores.

Como señala la frecuentemente citada enmienda a la totalidad ERC-IU-EV «el Derecho europeo no obliga a España a incrementar el período de retención y pasar de 40 a 60 días».

La crítica a la ampliación del internamiento de 40 a 60 días y posible exclusión del plazo máximo en el supuesto de solicitud de *habeas corpus* o asilo se contiene también el Dictamen preceptivo emitido en su día por el Consejo de Estado, pues como señala el Dictamen: «No debe ligarse el ejercicio de un derecho a una consecuencia de índole negativa para quien lo ejerce».

Por ello sorprende que un Gobierno como el nuestro que se reclama progresista opte por un texto, en palabras de la enmienda a la totalidad de ERC-IU-EV, «cuyo punto de partida es la regulación de la inmigración como respuesta al contexto de crisis, justificando de esta manera la rebaja en el listón de derechos y el incremento de sanciones, presentando a la personas inmigrantes como simple mano de obra y estigmatizando su figura, vinculándola a la ilegalidad y optando por medidas de represión y control y muy poco de integración». (...) «Desde la misma óptica se endurece el régimen sancionador, la redacción del artículo relativo a la hospitalidad provocará, tal y como ya ha denunciado Caritas, graves situaciones principalmente para las familias migrantes ya asentadas, además de discriminar por cuestiones de nacionalidad puesto que la carta de invitación se exige tan sólo para algunos países.

Es significativo, como señala el Dictamen del Consejo de Estado, que «La reforma va más allá de las normas que es obligado incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, asumiendo el espíritu y la finalidad del sistema europeo de inmigración en su conjunto, entendiendo

por tal el integrado por las normas imperativas, por supuesto, pero también los acuerdos y pactos que están sirviendo de base para la articulación y definición de una política común europea en materia de inmigración, en particular el Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo».

Y el Dictamen concluye:

«Las políticas comunitarias sobre migración se han planteado en el marco del área de libertad, seguridad y justicia, más que en el de la libre circulación de personas, y se han centrado en limitar la entrada en el territorio comunitario a los ciudadanos de terceros países con fines de trabajo y en establecer fronteras eficaces a emigrantes no deseados, así como en el tratamiento de la inmigración irregular, desde un punto de vista eminentemente policial. Se impone a cada Estado miembro una función de salvaguarda de las fronteras de la Unión Europea frente a flujos inmigratorios incontrolados y de garantizar la protección del conjunto de los territorios de los Estados contra la inmigración ilegal. La cooperación de los Estados en la política migratoria ha llevado a medidas restrictivas y represivas, de acuerdo con objetivos económicos y de orden público de controlar los ingresos, pero también las salidas vinculadas a la temporalidad de origen de la migración o a la irregularidad de la situación.

El tratamiento comunitario de la migración tiene, pues, una doble dimensión: la integración del inmigrante en situación legal, poniendo el centro en el individuo y en sus derechos con un cierto espacio de derechos de ciudadanía, y el tratamiento de la inmigración ilegal, en la que también se tiene conciencia de los abusos y explotaciones que sufren muchos inmigrantes, especialmente menores y mujeres, incluida la trata de personas, contemplando la vulnerabilidad en que se encuentran ese tipo de inmigrantes, que responde a los fenómenos de la migración irregular, frente a la que ha de diseñarse un marco más coherente e integrado de las políticas nacionales y de las instituciones europeas.

En esa línea, el Consejo Europeo aprobó, en octubre de 2008, el Pacto Europeo sobre la inmigración y el asilo, asumiendo compromisos en relación con la inmigración legal, teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y las capacidades de acogida y favoreciendo la integración del inmigrante. Sin embargo, la política comunitaria común en materia de inmigración se está centrando más en la lucha contra la inmigración irregular, en asegurar el retorno a su país de origen de los extranjeros en situación irregular y en establecer restricciones o condicionamientos para la migración legal que en la integración social y en la protección jurídica de los trabajadores migrantes».

4. Reflexión final

A partir del año 1999, la Unión Europea tomando como punto de partida el Tratado de Ámsterdam inició el camino de la comunitarización de las políticas migratorias. En este proceso de comunitarización juega un esencial papel el Acuerdo de Schengen, su Convenio de aplicación y las restantes decisiones adoptadas en la materia (acervo Schengen); precisamente la comunitarización del acervo Schengen (Tratado de Ámsterdam) dará lugar a una política migratoria europea y en consecuencia a un derecho migratorio europeo. Este derecho pone el acento en demasiadas ocasiones en las viejas ideas represivas de «inmigración cero», poco adecuadas para el nuevo escenario social que exige la elaboración de unas políticas comunitarias orientadas a regular las relaciones entre las personas inmigradas y autóctonas, obligadas en definitiva a relacionarse y convivir en el territorio europeo.

Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009

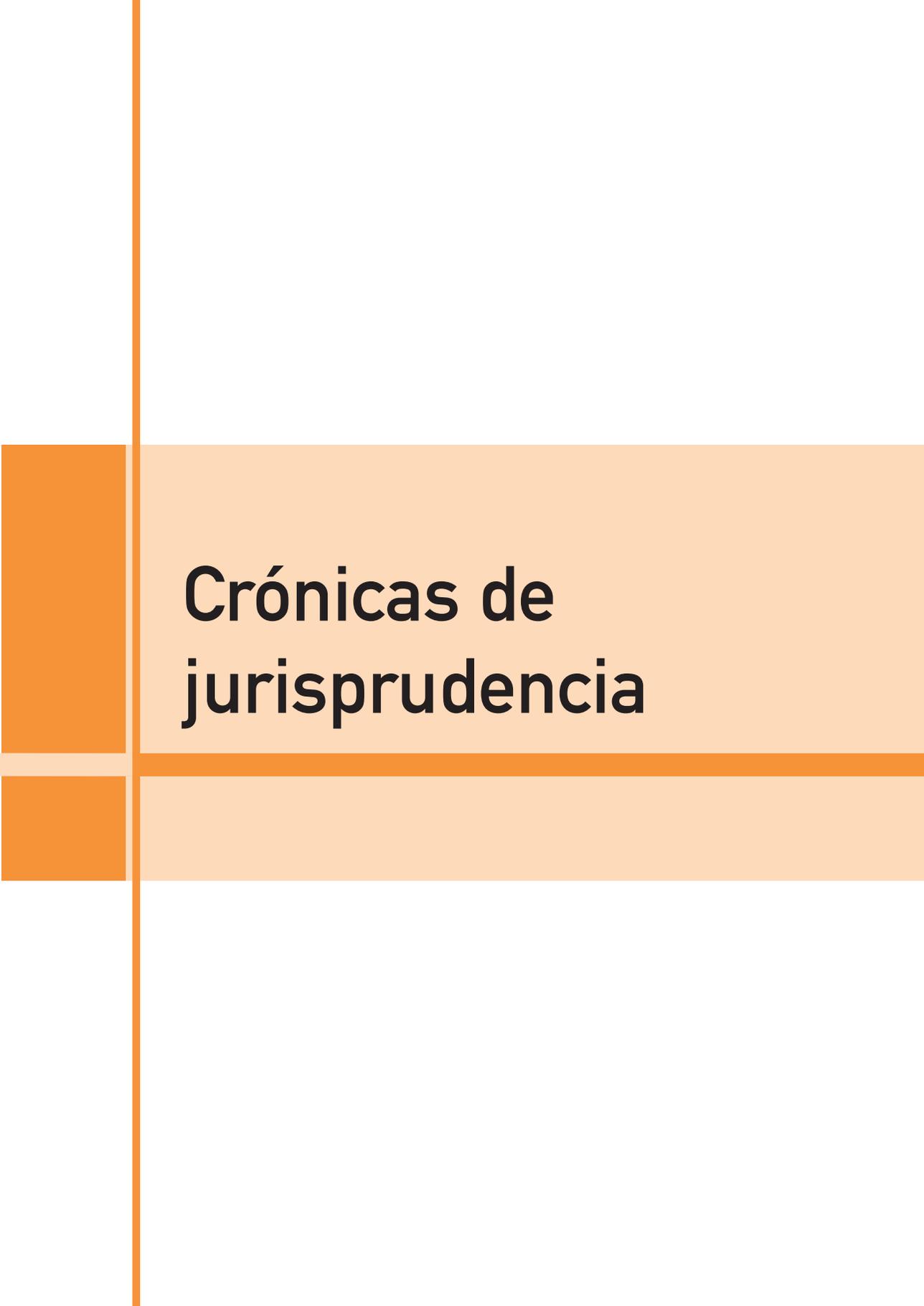
En esa dirección se sitúan las recientes disposiciones aprobadas por el Parlamento y Consejo de la Unión Europea. En particular, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*DOUE L 348m*, 24 de diciembre de 2008 p. 97) y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empleadores de residentes ilegales nacionales de terceros países. Por eso en este mismo Dossier se afirma que hoy la UE padece la enfermedad securitaria manifestada en el síndrome de las tres «R»: retorno, readmisión y repatriación.

Frente a todo ello, aparecen como totalmente insuficientes los esfuerzos homogenizadores expresados en las Directivas sobre residentes de larga duración, reagrupación familiar y *blue card*. También son insuficientes las iniciativas que pretenden extender el derecho de voto municipal y local a los residentes permanentes no ciudadanos de la UE.

Europa, que durante siglos reivindicó la libre circulación de las personas (cuando los europeos migrábamos buscando futuro, para «hacer las Américas») se cierra en la actualidad. No se produce solamente una ceguera histórica, se produce además una clara injusticia contra quienes acogieron a los europeos inmigrantes y una grave imprevisión hacia el futuro, porque la Europa actual sigue necesitando a los inmigrantes. Por eso, en realidad, el verdadero reto al que se enfrenta la Unión Europea no es el de cerrar las fronteras, sino el de regular y gestionar eficazmente los flujos migratorios, la convivencia entre personas de distintos orígenes y culturas, respetando en todo caso el Sistema Universal y Regional de los Derechos Humanos.

Este Dossier sobre el incipiente y nuevo Derecho Migratorio Europeo y su incidencia en las reformas del Derecho interno español expresa su decidida y clara vocación de defensa de los Derechos Humanos de todas las personas, independientemente de su nacionalidad o su estatus administrativo, independientemente de su estatus migratorio regular o irregular. La clave de su actuación en materia migratoria ha estado siempre en combatir la discriminación.

Para ello deberemos partir del principio de igualdad y no discriminación, principio esencial en cualquier ordenamiento interno o internacional. La consecuente aplicación de ese principio exige y exigirá aquellas dosis de generosidad y solidaridad. Partimos además del principio según el cual ninguna persona (tenga documentos o carezca de documentación) es ilegal, aun cuando pueden serlo un número importante de sus actos, y por tanto habrá que acomodar los diferentes ordenamientos jurídicos a tan fundamental principio.

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: 3 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 58/2008.

Ponente: Doña María Isabel Perello Domenech.

Voz: Asilo: nacionalidad liberiana. Ausencia de comunicación al ACNUR.

Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por el recurrente; se acuerda retrotraer el procedimiento administrativo para que se comunique al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados toda la documentación completa sobre el demandante.

«Las razones por las que se deniega tal solicitud de asilo se expresan en el fundamento tercero de la resolución impugnada y son las siguientes:

“No aporta ningún documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia.

El relato del viaje efectuado para trasladarse desde su país a España resulta inverosímil, de forma que puede razonablemente dudarse de la veracidad del conjunto de sus alegaciones, en la medida en que el modo en que se haya realizado dicho viaje resulta relevante a la hora de valorar el relato de persecución.

Los principales hechos constitutivos de la persecución alegada están lo suficientemente alejados en el tiempo como para concluir que tales hechos no constituyen una persecución que justifique una necesidad actual de protección, sin que del contenido del expediente pueda deducirse que los hechos relatados hayan seguido produciéndose o hayan tenido unas consecuencias tales que pudieran con-

siderarse, en sí mismas y en la actualidad, como persecución, o que pudieran justificar un temor fundado a sufrirla.

El relato en que basa su solicitud resulta contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de dicha persecución, de forma tal que no puede considerarse que haya acreditado suficientemente la veracidad de esta persecución y sin que se deduzcan del expediente toros elementos que indiquen que la misma haya existido, o que justifiquen un temor fundado a sufrirla”.

(...).

En el caso ahora examinado, la solicitud de asilo fue admitida a trámite y se instruyó el correspondiente expediente, sin embargo, no consta que tal Organismo manifestara su posición sobre tal solicitud de asilo. En efecto el examen del expediente administrativo muestra que no figuran datos suficientes que permitan afirmar que la presentación de la solicitud de asilo se comunicara oportunamente al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Tampoco obra el informe de éste Organismo que permita deducir que aquel deber de comunicación hubiera sido observado, por cuanto a pesar de figurar el listado de los solicitantes no consta ningún dato fehaciente en el proceso de que el envío efectivamente tuvo lugar. En este sentido es de ver que la Administración elaboró una relación de solicitudes de asilo que habían sido presentadas en territorio nacional, entre las que figuraba la del demandante (...), si bien no permite afirmar que se remitiera materialmente tal relación, ni que se informara al ACNUR. Por tales razones no cabe tener por acreditado de forma fehaciente que se realizara la comunicación de la solicitud de asilo del demandante al citado organismo ni que ésta fuera realmente recibida en la sede del ACNUR y finalmente que esta representación optara por no informar so-

bre el alcance y relevancia de las alegaciones del demandante y la necesidad de la protección invocada, en definitiva, por no intervenir en el expediente en la forma que se contempla en la norma».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 10 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 139/2008.

Ponente: Doña María Isabel Perello Domenech.

Voz: nacional de Rusia. Relato inverosímil y contradictorio.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de asilo. No se aportan las denuncias de los hechos ante las autoridades rusas y los informes de diversos organismos sólo hacen referencia a una situación genérica que en ningún caso permiten establecer la veracidad y certeza de la versión ofrecida por el actor como necesitado de protección a través del asilo.

«El relato resulta inverosímil, tal y como lo formula y según la información disponible sobre su país de origen y la recogida en el expediente, de forma tal que no puede considerarse que el solicitante haya establecido suficientemente la veracidad de tal persecución y sin que del expediente se deduzcan otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Basa su solicitud en alegaciones de persecución por parte de agentes distintos de las autoridades de su país de origen, sin que ni del expediente ni de la información disponible sobre su país de origen se deduzca que estas autoridades hayan promovido o autorizado los hechos alegados, o que el solicitante no haya podido obtener de ellas protección suficiente frente a los mismos.

Alega una persecución frente a la cual, según el contenido del expediente y la información dispo-

nible sobre su país de origen, el solicitante puede encontrar protección eficaz en otro lugar de su propio país, al que resulta razonable esperar que se desplace.

Los elementos probatorios aportados en apoyo de sus alegaciones no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución alegada, ya que acreditan sólo circunstancias personales del solicitante que, en sí mismas, y según la información disponible sobre su país de origen, no determinan necesariamente la existencia de persecución ni justifican un temor fundado a sufrirla.

(...).

El actor presentó solicitud de asilo ante la Comisaría de Policía de Alicante el 6 de septiembre de 2006, y en su relato manifestó que “tubo que abandonar su país por la persecución sufrida por no aceptar unirse a una red de captación de mujahidines y posteriormente, por su origen caucásico. No quiso colaborar con un grupo que reclutaba personas para ir a la guerra santa, mujahidines, en su ciudad en la Rep. de Daguestan. En mayo de 2005, empezó a trabajar en una empresa financiada por el Estado llamada Caspi, trabajaba como técnico de empleo. Es musulmán. En una imprenta cercana le facilitaron un libro de consulta dirigido a personas de su religión que explicaba el camino a seguir por el buen musulmán”.

(...).

Teniendo en cuenta la información sobre el país de origen, la situación de extremo caos que vive el Cáucaso Ruso y, sobre todo, las características del movimiento wahabista en esta zona, lo alegado por el solicitante se considera inverosímil.

Parece muy poco creíble, por no decir inverosímil, que los radicales islámicos del Cáucaso Ruso utilicen métodos de reclutamiento como el que el solicitante nos describe: que acudan a una persona

Asilo

completamente ajena a la organización o al movimiento islámico, por mucho que trabaje en una empresa de empleo, para que se encarguen, justamente él, de reclutar a nuevos miembros recibiendo 2.000 dólares por cada uno.

Aunque el solicitante no los denomina exactamente wahabistas sino que los llama “mujahidines” no olvidemos que en el Cáucaso Ruso a raíz de la segunda guerra chechena el movimiento islámico está capitaneado por el wahabismo, la corriente del Islam a la que pertenece Bin Laden, inscrita dentro del movimiento yihadista internacional, que evidentemente tiene otros métodos de captación. Aunque pueda contar entre sus filas con mercenarios dispone de miles de jóvenes musulmanes dispuestos a unirse a la causa e incluso inmolarsse por ella, por lo que seguimos sin entender el método de reclutamiento aquí descrito, tanto si se trata del movimiento wahabista en concreto o de cualquier otro movimiento islámico (el solicitante habla de “mujahidines” y “hermanos”).

La metodología de persecución tampoco responde a la utilizada por estos grupos: no sólo lo amenazan desde el principio (“volveríamos a hablar... tanto mi familia y yo tendríamos problemas...”) sino que le incendian la casa y le propinan una fuerte paliza diciéndole que “si no colaboraba matarían a mi familia y a mi mismo...”. Desde luego, no parece esta la manera más idónea de reclutar a un nuevo adepto (con el importante encargo de reclutar a su vez nuevos miembros) y ganarse su simpatía para la causa y, por tanto, su confianza y lealtad.

En otro orden de cosas, al tratarse de una persecución “agentes no estatales, puesto que el solicitante teme ser objeto de represalias pro parte de los wahabistas, debe tenerse en cuenta que este grupo es combatido con dureza en Daguestán, no solo por parte de las autoridades (...) sino que los wahabistas son combatidos también por la propia sociedad civil, pues es una corriente muy alejada de la tradición de la zona”.

(...).

En efecto, en autos se ha acreditado la situación de inestabilidad y el auge del wahabismo en la zona de Daguestán, como se desprende de los diferentes organismos internacionales que emiten sus informes (...), pero ninguna prueba viene a justificar hechos constitutivos de un hostigamiento que afecte directamente, y en concreto, a la persona del recurrente. Por contra, obra en autos el extenso informe de la Instrucción en que se evidencian las contradicciones en que incurre el demandante que tornan su relato inverosímil, así como la situación del wahabismo y los métodos de persecución que no coinciden con lo manifestado por el demandante que se limita a denunciar genéricamente la existencia de amenazas por su negativa a la colaboración. La documentación incorporada a autos de tipo personal como partidas de nacimiento resulta irrelevante para el análisis de la decisión combatida. No se aportan sin embargo las denuncias de los hechos ante las autoridades rusas y los informes de diversos organismos sólo hacen referencia a la situación genérica de Daguestán y no permiten establecer la veracidad y certeza de la versión ofrecida por el actor como necesitado de protección a través del asilo.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso no aparece suficientemente justificada la necesidad de protección del recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, en la interpretación que de ésta hace el Tribunal Supremo, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución impugnada por ser ajustada a Derecho».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 483/2008.

Ponente: Don José Alberto Fernández Rodera.

Asilo

Voz: Asilo: nacional de Líbano. Ausencia de documento acreditativo de su identidad: relato genérico, inverosímil, impreciso y contradictorio.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente; no ha quedado suficientemente establecida la existencia de una persecución contra él, ni de una problemática susceptible de protección bajo la institución del asilo.

«Entrando en el estudio concreto del caso, lo primero que llama la atención es la falta absoluta de documentación que acredite la identidad y nacionalidad del solicitante. Este dato resulta llamativo tanto por el hecho que los supuestos agentes perseguidores no son las autoridades del país de origen, sino agentes terceros y por tanto, el solicitante no encontraría ningún problema para la expedición de documentos de viaje y de identidad; como por el hecho, que la salida del solicitante de su país de origen es una salida organizada con la finalidad de abandonar su país.

De la misma forma, tal como se recoge literalmente en el informe emitido en una valoración anterior de la presente solicitud, no resulta creíble la información que proporciona acerca del itinerario, fecha, estancias, medios de transporte y circunstancias que rodean su viaje desde la salida de su país hasta su llegada a España. Resulta más que increíble que una persona que tiene conocimientos y entiende inglés así como que su lengua materna es el árabe y que ha pasado horas en aviones y transitado por distintos aeropuertos, sea incapaz de indicar someramente el recorrido realizado. Prueba de ello es que en sus últimas alegaciones vertidas durante la entrevista con esta Instrucción, el solicitante introduce un nuevo aeropuerto en algún lugar de Sudamérica, no referido hasta entonces. También resulta cuanto menos curioso que a lo largo de las diferentes entrevistas realizadas al solicitante por personal de esta Oficina, cada vez que se le pregunta por detalles de sus circunstancias refiera la misma frase: “estoy cansado”.

En definitiva, esta falta voluntaria de detalles acerca de su itinerario y circunstancias que rodean al mismo, llevan a esta Instrucción a dudar razonablemente de la veracidad de lo alegado.

(...).

Resulta igualmente cuanto menos llamativo el hecho que alguien como el solicitante, involucrado en política durante muchos años, según sus propias alegaciones, cuando es preguntado con profundidad sobre aspectos electorales conteste de forma vaga y contradictoria. A modo de ejemplo, señalaremos que el solicitante se refiere a Basora como circunscripción electoral. De la misma manera, cuando es preguntado por su programa político, actividades... contesta de nuevo de una forma increíblemente vaga hasta el punto que es incapaz de definir sus actividades políticas entre el año 2000-2004.

A más y más, cuando el solicitante formaliza su solicitud, sitúa sus problemas en las elecciones internas en Hizbullah, que se desarrollaban sus alegaciones, entre finales de 2004 y principios de 2005. No obstante, posteriormente, este argumento desaparece y el solicitante se sitúa entonces como candidato en las elecciones generales al parlamento.

De la misma forma, es contradictorio con la información disponible sobre el país de origen y con las propias alegaciones del solicitante, la persecución que dice sufrir a manos de Hizbollah. Así, el propio solicitante narra en una parte de sus alegaciones que no tuvo problemas para dejar la organización Hizbullah ya que tenía un perfil muy bajo y únicamente había estado involucrado en actividades sociales. Debido a ello, no tuvo problemas al decidir abandonar la organización.

No obstante en otro momento, el solicitante refiere lo contrario. Refiere que desde el año 2000 recibía presiones.

Asilo

Estas contradicciones se pueden apreciar igualmente en otros elementos del relato. Así, el solicitante en un primer momento refiere no tener hijos, mientras que en el desarrollo de la entrevista refiere tener 3 hijos.

Asimismo, esta Instrucción quiere dejar bien patente que el solicitante es incapaz de explicar el motivo de todo ello ya que cada vez que es enfrentado a sus propias contradicciones, vuelve a indicar que está cansado de todo.

A la vista de lo expuesto, la Instrucción considera que el solicitante trata de añadir una dimensión política, sin fundamento, a la persecución que dice sufrir y que no acredita. En síntesis, la persecución que el solicitante describe no pasa de ser un intento de dotar de base a una solicitud haciendo referencia a unos elementos característicos del país de origen pero articulados de un modo que no coincide con los patrones característicos.

Cabe indicar igualmente que el solicitante, quien en su solicitud indicaba que podía presentar amplia documentación en relación con sus alegaciones, a la fecha actual, es decir dos años y medio después, no lo haya hecho.

En suma, esta Instrucción considera que no ha quedado suficientemente establecida la existencia de una persecución contra el solicitante, ni de una problemática susceptible de protección conforme a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951, por lo que se emite un criterio desfavorable con relación a la presente solicitud».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1131/2008.

Ponente: Don José María Gil Sáez.

Voz: Asilo: nacional de Nigeria. Razón de género: ley del sahía.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

«La recurrente, nacional de Nigeria, nacida 13 de septiembre de 1987, solicitó asilo en España el 22 de mayo de 2006, manifestando que nació en Sokoto, Nigeria, que cuando cumplió 18 años su familia la prometió en “matrimonio con un hombre de 65 años, que tenía 9 esposas”, la declarante “no quería ser su esposa”, pero que “su padre le dijo que era la tradición”, que el día 10 de marzo de 2006 fue llevada a la casa del hombre con el pretendían casarla, manifestando la solicitante que “ella no quería y que este la tuvo encerrada varios días, que el hombre la dijo que había pagado dinero a su familia por ella y si no se casaba con él la mataría, si huía la encontraría en cualquier sitio y la mataría”; continúa el relato diciendo: “el día 13 de marzo de 2006, alguien abrió la puerta, explicó a la persona que abrió lo que la ocurría, esta persona le dijo que huyese que Musa, –el hombre con quien pretendían casarla–, la mataría si la encontraba. Huyó fue corriendo y de Sokoto subió a un coche que la llevó fuera de su país, no recuerda a qué país, llegó a Senegal y después a Mauritania. Subió a un barco que la dejó en la costa española, no sabe en qué ciudad”.

(...).

A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables en materia de asilo es claro, a juicio de la Sala, que debe ser desestimado el presente recurso y confirmada la resolución impugnada, pues, aun cuando en trámite de admisión del expediente administrativo en orden al otorgamiento de la condición de refugiada de la recurrente, ACNUR estimaba que procedía su admisión, pues la alegación efectuada de intento de matrimonio forzado era una manifestación que no resultaba inverosímil pues de la información consultada

Asilo

aparecía que los matrimonios forzados son regla general más que una excepción entre los miembros de la etnia hausa y son comunes en el Estado de Sokoto, por lo que estimaba la conveniencia de hacer un examen en profundidad y sería positivo la realización de una entrevista con la solicitante, lo cierto es que efectuado en vía administrativa el trámite de audiencia de la interesada, esta entrevista no pudo ser realizada al ser desconocida en el domicilio que se practicó la citación, así como tampoco se ha aportado en período de prueba de este proceso jurisdiccional actividad probatoria alguna al respecto. Por lo que aun cuando objetivamente tales hechos podrían configurarse como elementos de carácter indiciario de una situación objetiva y externa para valorar la concurrencia de las condiciones legales susceptibles de tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación de las normas sobre el derecho de asilo, no existe elemento alguno indiciario que permita proyectar estos elementos externos y objetivos a la situación subjetiva, concreta y real de la solicitante.

Máxime cuando, como se pone de manifiesto en el expediente administrativo y ha sido transcrito en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, el relato de hechos de la interesada presenta lagunas y inconcreciones que hacen dudar de su verosimilitud, así, el tiempo que indica fue sometida en la casa de su presunto marido, –no nos consta si el matrimonio se había o no realizado–, fue únicamente de tres días, la forma de huir del mismo carece de concreción alguna, una persona desconocida la permite salir de la casa, no sabemos ni siquiera el género de la persona que facilita la huida, tampoco se expresa con un mínimo detalle el proceso de huida desde Nigeria, hasta llegar a Mauritania, a través de Senegal, se dice que un viaje en coche, cuando la distancia entre ambos países es considerable, y no se especifica qué medios económicos o de cualquier tipo la permitieron sufragar los gastos de un viaje de tan largo trayecto y durante un dilatado período de tiempo.

Por todo ello procede rechazar la petición de asilo solicitada y confirmar la resolución impugnada».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 16 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1499/2007.

Ponente: Doña María Isabel Perello Domenech.

Voz: Asilo: nacional de Turquía. Ausencia de credibilidad del relato aportado.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución del Ministro del Interior de 13 de julio de 2007, que acordó denegar la solicitud formulada. Las irregularidades detectadas a lo largo del procedimiento no nos permiten otorgar credibilidad a las circunstancias concretas en que el solicitante basa su relato.

«En el informe de la instrucción se indica que el relato del recurrente presenta escasa congruencia interna, es vago, impreciso y carente de detalles para resultar convincente, sobre todo en lo relativo a la persecución personal que dice sufrir. Respecto a los hechos producidos en 1999 el informe resalta diversas observaciones:

“La persecución descrita por el solicitante, sin entrar aún en una valoración de su credibilidad, describe unos hechos que no pueden considerarse motivados por alguna de las causas recogidas en la Convención de Ginebra de 1951 (CG51), es decir, razones de religión, raza, nacionalidad, ideología política, o pertenencia a un grupo social determinado.

En efecto, todo el proceso de la supuesta persecución tiene como elemento base el hecho de que el solicitante disparase sobre otra persona. En relación con este aspecto cabe señalar que nos encontramos ante la comisión de un delito común grave en el país de origen Turquía y en cualquier otro país, así como en España.

Asilo

Por otro lado, el hecho de que dicho acto viniese a ser el colofón de una persecución por parte de agentes terceros como consecuencia de su etnia kurda queda desvirtuado como consecuencia del dato referido por el solicitante que su familia sigue residiendo en el mismo lugar. En efecto, y que por un lado el solicitante, según él, no fue objeto de amenazas personales más que otro miembro de la familia y por otro, si el acontecimiento relatado por el solicitante hubiese ocurrido realmente a su familia le hubiese sido muy difícil continuar residiendo en el mismo lugar, dado la forma de actuar de dicho grupo de acuerdo con la información disponible sobre el país de origen.

Asimismo, en sus propias alegaciones se observan contradicciones relacionadas con el mismo. De manera que al formular su solicitud, el interesado manifestaba que había huido de su país como consecuencia de tener una condena por haber peleado con un grupo de extrema derecha. Más tarde, al ser entrevistado pro al Instrucción refiere que dicho juicio actualmente continúa y que no habrá sentencia hasta que las autoridades de su país le prendan.

En lo que respecta a su posible militancia política, ésta es inexistente. En efecto, el solicitante refiere en un primer momento que es militante del DEHAP. Cuando es preguntado sobre el tema durante la entrevista mantenida con la Instrucción, refiere que fue un familiar suyo afiliado al partido en Estambul quien le inscribió con la finalidad de que le ayudasen para salir del país pero que él no participó en nada.

En definitiva, a la vista de todos los elementos que obran en el expediente esta Instrucción no otorga credibilidad al relato del solicitante. En el caso concreto estudiado, podemos decir que no queda establecido ni siquiera indiciariamente. Por otro lado, las irregularidades detectadas a lo largo del procedimiento no nos permiten otorgar credibilidad a las circunstancias concretas en que el solicitante basa su relato”.

Por resolución del Ministerio del Interior de 9 de octubre de 2006 se deniega el reconocimiento del derecho de asilo al actor. En el fundamento jurídico tercero se razona en los siguientes términos:

“El solicitante no aporta ningún documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia.

(...).

El relato del solicitante resulta genérico, impreciso y contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, por lo que no puede considerarse que haya establecido suficientemente tal persecución, sin que se desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Los elementos probatorios aportados por el solicitante en apoyo de sus alegaciones no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución alegada, ya que, o bien, presentan irregularidades sustanciales, o bien, tales elementos presentan contradicciones sustanciales con lo alegado.

El solicitante ha incumplido los deberes legalmente impuestos a los solicitantes de asilo en España, dificultando el estudio de su solicitud.

El tiempo transcurrido entre la llegada del solicitante a España y la presentación de la solicitud de asilo hace que pueda razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada”.

(...).

Resulta relevante que de la distinta documentación aportada como la incorporada con ocasión del recurso de súplica tramitado en la pieza de medidas cautelares, consistente en los documentos sobre la

Asilo

extradición del demandante, (...) en el que se describen los hechos por los que se interesa la extradición, consistentes en un delito común por “haber disparado el solicitante contra la víctima que se encontraba trabajando en un café, y le disparó con un revolver causándole lesiones de gravedad”. Se establece (...) que el motivo de la agresión fue una discusión en torno a la venta de una motocicleta, calificándose los hechos como un delito de tentativa de homicidio o asesinato.

Así las cosas, se observa que el motivo esencial de la extradición estaría en un delito común, sin que se haya establecido adecuadamente la necesaria conexión entre los hechos descritos y una supuesta persecución de naturaleza política o social por pertenecer al movimiento o a la minoría kurda en Turquía. Únicamente se indica para justificar dicha relación que la víctima pertenecía a un partido nacionalista turco, si bien, tal afirmación, que no se ha acreditado tampoco sería suficiente para establecer la vinculación entre el hecho delictivo y el conflicto kurdo, pues a través de la documental aludida procedente del procedimiento de extradición se desprende la existencia de un delito de naturaleza común que en modo alguno viene a sustentar la versión de persecución ofrecida.

Por consiguiente, no se advierte las causas de persecución por razón del origen kurdo del actor, lo que unido a las contradicciones detectadas por el instructor del expediente después de un minucioso interrogatorio al demandante, nos llevan a concluir que carecen de la suficiente relevancia para desvirtuar la apreciación anterior».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 17 de abril de 2009.

Recurso de Casación: 322/2006.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido López.

Voz: Asilo: nacionales de Colombia. Ausencia de persecución: solicitud basada en motivos laborales.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por los recurrentes. De su relato parece vincularse la salida del país, más con la pérdida del trabajo sufrida, que con las amenazas que dice recibió. En cualquier caso, no se aprecia la existencia de motivos de persecución que afecten directamente a la peticionaria y que justifiquen el asilo solicitado.

«Doña Diana y D. Pablo, nacionales de Colombia, interponen, (...) recurso de casación contra la sentencia (...) que (...) les denegó el asilo en España.

La sentencia de instancia contiene la siguiente fundamentación jurídica (que transcribimos a continuación en cuanto ahora interesa):

(...).

“D.^a Diana, nacional de Colombia, presentó solicitud de asilo en España el día 1 de febrero de 2002 en la Oficina de Asilo y Refugio, que hizo extensiva a su hijo Pablo. En la solicitud de asilo se alega que su marido estaba siendo amenazado en Colombia, no sabe quién le amenazaba, formaba parte del sindicato de trabajadores de empresas públicas de Villavencio hasta que le echaron de la empresa en 1995, después formaron una microempresa y le contrataron, siguió defendiendo a los trabajadores que despedían pero esta vez de forma particular. Siguieron amenazándole, no sabe quien lo hacía, y nunca presentaron ninguna denuncia por miedo, su marido siguió trabajando en la microempresa hasta que le echaron en junio de 2001 pues cambiaron al alcalde de Villavencio y el nuevo puso a gente afín, su marido se quedó sin trabajo y decidió venir a España, ella se fue a vivir a casa de una cuñada en Bogotá y dos meses después vino a España.

(...).

La solicitante de asilo basa su petición en las amenazas recibidas por su marido que fue presidente

Asilo

del sindicato de trabajadores de las empresas públicas de Villavicencio hasta 1995 y que, dice, las continuó recibiendo con posterioridad cuando fundó una microempresa o una especie de cooperativa.

En el escrito de solicitud a que se refiere este procedimiento, que es el que aquí nos interesa, la solicitante dice que no sabe quien amenazaba a su marido, y también señala que no se denunciaron dichas amenazas. Amenazas que en ningún momento señala la solicitante de asilo que se hicieran extensivas a ella.

De su relato parece vincularse la salida de su marido del país, más con la pérdida del trabajo sufrida, que con las amenazas que dice recibió.

En cualquier caso, no se aprecian la existencia de motivos de persecución que afecten directamente a la peticionaria de asilo, y que justifiquen el asilo solicitado.

En cuanto a las amenazas que se dicen sufridas por su esposo a causa de su actividad sindical, actividad sindical que no se cuestiona por la instrucción, lo primero que llama la atención es que no consta siquiera de quien procedían, ni que fueran denunciadas no aportando nada al efecto la documentación aportada con la demanda.

Por todo lo cual no puede sino colegirse que no puede tenerse por acreditada la existencia de una persecución que tenga origen en alguna de las causas determinantes de protección mediante el reconocimiento del derecho de asilo y de la condición de refugiado, estimándose justificada la denegación del derecho de asilo efectuada por la resolución recurrida”».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 22 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 34/2009.

Ponente: Don Tomás García Gonzalo.

Voz: Inadmisión a trámite de asilo: homosexual nacional de Camerún. Falta de verosimilitud y credibilidad de las alegaciones.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de asilo formulada después de tener dictada una orden de expulsión.

«Este relato se muestra totalmente inconsistente, pues no concreta fechas ni describe con precisión la supuesta persecución. Si sale de su país el 8 de marzo de 2005 y nace en 1 de septiembre de 1984, debía de tener 20 años cuando ocurren los hechos, lo que se contradice con la afirmación de que estaban en el instituto todavía. Pero después de que abandona su casa no relata qué hizo, a dónde fue, ni concreta mínimamente la persecución que dice sufrir por parte de la policía de su país.

Por otro lado resulta que el asilo se insta el 29 de noviembre de 2006, cuando tenía incoado un expediente de expulsión desde el 3 de octubre de 2006, que había sido resuelto el 14 de noviembre.

El demandante no desvirtúa las razones dadas por la Administración para acordar la inadmisión a trámite, y un examen de lo actuado revela que el relato es genérico e impreciso, y además inconcreto porque no se ofrece una pormenorización de las circunstancias en que los mismos ocurren en cuanto a lugares y fechas, relatándose los problemas que tenía con su familia y con la sociedad porque era homosexual, todo ello asentado en un relato que por su carencia de elementos concretos tanto en datos temporales como en las situaciones que relata, ha de considerarse que los mismo son manifiestamente inverosímiles, por lo que no puede considerarse que haya sufrido tal persecución.

No se pone en duda su condición, ni el hecho de que en su país tal opción sexual sea objeto de persecución legal, pero lo que no acredita el actor es que él mismo la haya sufrido directamente, al no

Asilo

bastar con la condición que se alega ni con la repro- bación legal de ella en su país de origen, sino que es exigencia del asilo el que exista una persecución personal y directa del demandante de la protec- ción, la que aquí no se ha acreditado a juicio de la Administración.

Tampoco se combate por el recurrente el hecho de que la Administración pone en duda la persona- lidad y nacionalidad alegada, en tanto que no ha aportado ninguna documentación al respecto, ni ha alegado la razón por la que no ha podido hacerlo.

Y por último, aunque la parte actora indica que no solicita el asilo en el momento de entrada en España por desconocimiento, esta excusa no es creíble, cuando consta que se asiste legalmente a todos los extranjeros a los que se instruye un expediente de expulsión, como se pone de manifiesto en el informe del instructor sin que sea rebatido de modo circunstanciado, por lo que es aplicable la presunción de inverosimilitud del artículo 7.2 del Reglamento de la Ley de Asilo al haberse solicitado éste cuando se tenía incoado un expediente de expulsión o llevando más de un mes en situación de ilegalidad; además de que no es una actitud conse- cuente la expediente de expulsión o llevando más de un mes en situación de quien atraviesa diversos países africanos para solicitar protección en España y luego permanezca más de un mes en nuestro país sin pedir la tutela que fue la causa de aquel largo y difícil viaje.

La representación de D. Carlos José, en su escrito de apelación, alega frente a lo recogido en la sentencia de instancia que no existe contradicción por el hecho de que tuviera 20 años y estuviera en el insti- tuto, que no constituye dato relevante ya que debe tratarse de un error de traducción, como tampoco considera que lo es la falta de datos concretos en el relato, ya que no fue requerido para que aportara más datos. Argumenta respecto a la valoración dis- pensada al hecho de que el hoy recurrente hubo de ser asistido jurídicamente en el expediente de ex-

pulsión, que justifica por el hecho de no haber sido informado de que podía solicitar asilo por su con- dición de homosexual perseguido en su País, y que su estancia en varios países hasta llegar a España se explica porque en casi todos esos países la homo- sexualidad está penada con varios años de cárcel. Respecto a la exigencia, que precisa la sentencia, de que concurra una persecución personal y direc- ta del demandante de la protección y que aquí no se ha acreditado, señala que ha acreditado ser homo- sexual, que en Camerún este hecho es delito y está penado con prisión de seis meses a cinco años. Respecto a las dudas sobre ostentar la nacionali- dad que indica no puede ser determinante puesto que son hechos nuevos que no se alegaron en la Resolución administrativa impugnada.

(...).

Para terminar es claro que la sentencia impugnada en modo alguno exige prueba sobre hechos que motivan la persecución que alega padecer el recu- rrente, quedándose en la valoración de los elemen- tos de juicio aportados para llegar a estimar que el relato es inverosímil, deducción que hace suya la Sala».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 22 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 4/2009.

Ponente: Don Tomás García Gonzalo.

Voz: Inadmisión a trámite de asilo: nacional de Colombia. Relato inverosímil de la persecución sufrida.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recu- rrente contra la resolución la que se desestima la petición de reexamen y se ratifica la resolución de 10 de noviembre de 2006 por la que se inadmite a trámite su solicitud.

«(...) obra el extenso relato que hizo la solicitante de asilo aportando los datos sobre la persecución sufrida en Colombia, en el que pone de manifiesto

Asilo

que procedente de Terrón Colorado pasó a residir en El Llanito donde abrió un negocio de cabinas telefónicas para llamadas nacionales e internacionales en el mes de marzo de 2006, y días después empezaron a hacer presencia en la zona guerrilleros del FARC, por lo que el Ejército instaló un batallón en la zona el día 5 de abril para hacer frente a los guerrilleros. Que los soldados empezaron a frecuentar su negocio, que se intensificó en cuanto les prestó servicio de lavandería a alguno de ellos con los que hizo amistad. Esto vino a motivar las amenazas de las FARC para que abandonara la región en 48 horas o sería asesinada, y en la noche del 17 de septiembre el intento por elementos que consideraban pertenecían a la guerrilla fuertemente armados de abrir la reja de seguridad de su domicilio, lo que motivó que saliera huyendo por la parte posterior de la casa, trasladándose a Florida. Posteriormente se encontró con una vecina de Corregimiento El Llanito quien le informó que encabezaba una lista de personas que eran objetivos militar para la guerrilla, por ser auxiliadora informante del ejército, por lo que le aconsejaba que se fuera lejos.

Se le formulan diversas preguntas sobre datos de la casa en que vivía en el Llanito, instalación de su negocio de llamadas, integrantes del Ejército y su presencia en la zona, servicios que les prestó, si le pidieron la “vacuna”, su situación en Florida con inexistencia de amenazas, situación de su familia, denuncias presentadas e inexistencia de protección, e identidad de las personas que intentaron entrar en su casa.

Al relato acompaña una serie de documentos.

(...).

La instructora del expediente emite informe, (...), aportando las “Razones que justifican la propuesta de inadmisión”, con el siguiente texto:

Alegaciones manifiestamente inverosímiles dada la incongruencia que supone que el ejército, utili-

ce los servicios de una casa que evidentemente no tiene las dimensiones para ello, como servicio para por ejemplo cambiarse de ropa, cuando realmente, disponen de una instalación, donde se alojan a tan sólo dos cuerdas de la vivienda de la solicitante.

Incide en este criterio la circunstancia de que la solicitante pretenda haber hecho amistad con miembros del ejército y sin embargo desconozca datos sobre la ubicación del lugar donde se aloja, número aproximado de personas que se encuentran en la zona o lugares donde patrullan.

Por otra parte, no tiene ningún sentido que, si realmente tenía amistad con miembros del ejército, que además, supuestamente estaban próximos a su casa, no hubiera denunciado el supuesto panfleto al ejército, así como, que el día que supuestamente huyó a la vez que unas personas entraban en su casa, no se hubiera dirigido al ejército en busca de protección.

Abunda en este criterio denegatorio la circunstancia de que la solicitante haya permanecido después de los supuestos hechos en Florida, donde no le sucedió nada, y donde continua viviendo su familia, lo que hace pensar que no sentía temor alguno de ser perseguida.

(...).

Inadmitida a trámite la solicitud de asilo por la resolución comentada de 10 de noviembre de 2006, que le es notificada, informándole que puede solicitar reexamen, D.^a Lorenza presenta solicitud de reexamen, exponiendo como motivos frente a la inadmisión que son ciertas las manifestaciones que hizo ante la administración, que el relato es congruente con los hechos, que no existe contradicción, al igual que los datos y fechas que aporta, siendo un relato creíble, lo que confirma la documentación aportada y que tuvo miedo a que su hijo fuera asesinado, y a perder su vida a manos de la Guerrilla, y que ruega que por razones humanitarias se admita a trámite

su solicitud o que permitan su permanencia de su hijo en España.

El Informe de ACNUR reitera el emitido con anterioridad.

La resolución impugnada de 13 de noviembre desestima el reexamen y rechaza la existencia de razones humanitarias o de interés público para autorizar la permanencia en España (...).

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 22 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 345/2008.

Ponente: Doña Isabel Martín Valero.

Voz: Inadmisión a trámite de asilo: nacional de Gambia. Persecución por motivos de género: mutilación genital.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo. Entrada ilegal en España y falsedad en los datos relativos a su identidad personal.

«La Sentencia desestima el recurso argumentando sustancialmente que la parte recurrente sólo alega en sus primeras declaraciones en vía administrativa unos comportamientos personales que, más que trabajar a favor de los derechos y defensa de las libertades, constituyen, en sí mismos, una violación de dichos derechos y libertades fundamentales, como es esa cooperación en practicar la mutilación genital de las mujeres. Que la curiosa argumentación de que, por presiones internacionales, el interesado dejó de colaborar con esa práctica y que por tanto sufrió persecución a partir de ese momento porque “la gente del pueblo” le insistía para que siguiera practicando la ablación –al margen de que es inverosímil el relato por ser sumamente extraño este cambio de papeles entre mutiladas, perseguidores y perseguido–, no constituye realmente una causa de persecución por razones políticas o sociales con la suficiente intensidad y pormenori-

zación como para entender que el interesado tenía suficiente relevancia personal para sufrir en el pueblo, primero presiones internacionales y, después, que fuera totalmente indispensable o insustituible en esa lamentable tarea de la mutilación genital (pues su función se limitaba a sujetar físicamente a las mujeres), para que la gente del pueblo le persiguiera con suficiente intensidad como para obligarle a practicarla de nuevo o tuviese más opción que huir del amplio territorio de Gambia para evitar estos problemas. Que más bien el relato parece apoyado sobre una temática dolorosa y delicada con una gran frivolidad en beneficio del interés de la parte demandante en orden a obtener un estatuto de refugiado; en tal sentido la alegación de la Administración de que el interesado no pidió en su momento el estatuto de refugiado político, entrando ilegalmente en España, y que ha falseado sus datos de identidad personal tampoco ayuda a entender que el relato ofrecido por la parte actora exprese una de las causas que justifican el estatuto de refugiado definidas en la Convención de Ginebra para la admisión a trámite de su demanda de asilo.

Frente a dicha Sentencia se alza el recurrente en apelación invocando determinadas Sentencias del Tribunal Supremo sobre inadmisión a trámite de solicitudes de asilo en las se que se estima que el temor a sufrir la mutilación genital femenina, puede constituir una persecución por razón de género encuadrable en la Convención de Ginebra sobre Estatuto de los Refugiados, y considera que dicha doctrina es plenamente trasladable a su caso, puesto que se trata de un hombre de escasa formación que llegó a España, y que razonablemente podía sentir el temor o reparo a comparecer ante las Autoridades y Fuerzas de Seguridad Españolas y explicar las razones de persecución por razón de su pueblo y por su gente, dada la supuesta negativa a realizar la ablación a las mujeres, que ha sufrido una persecución individualizada, cuyo motivo fue su negativa a llevar a cabo la ablación. Que, por otra parte, pidió asilo por su propia iniciativa, sin que hubiera sido identificado o detenido antes por las

Asilo

Fuerzas de Seguridad españolas ni se hubiera incoado contra él ningún expediente por razón de su estancia ilegal en España, y además el retraso en la presentación de la solicitud de asilo no fue especialmente relevante, atendidas sus circunstancias personales. Manifiesta que todas estas razones, conjuntamente examinadas, son suficientes para justificar la tardanza en la solicitud del asilo.

(...).

Procede, pues, confirmar los argumentos de la Sentencia de instancia, los cuales no han sido desvirtuados por las alegaciones realizadas por el recurrente el este recurso de apelación, puesto que no puede equipararse la situación en que puede encontrarse una mujer que teme que se le practique la mutilación genital, con la suya que colaboraba precisamente a la realización de esa práctica.

En efecto, en la solicitud de asilo invocó como motivos de la misma que en su pueblo ayudaba a la mujer que hacía la ablación a las mujeres, sujetando a las chicas. Que la gente del pueblo decían que continuara, pero la comunidad internacional les dijeron que tenían que parar. Tuvo que irse del pueblo, la gente le perseguía porque querían que continuara y se fue a Banjul y cogió el barco.

Ahora bien, esta persecución que invoca por parte de la gente del pueblo por no querer continuar ayudando a la mujer que practicaba la ablación debido a presiones de la comunidad internacional no tiene cabida en ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra, puesto que la misma no puede considerarse, como sería el caso de las mujeres que pueden ser sometidas a dicha práctica, una persecución por razón de género.

A ello hay que añadir que no indica en qué consiste esa supuesta persecución, no constando que la misma sea de suficiente entidad para estimar que pueda estar en peligro su integridad física, teniendo en cuenta, por otra parte, y como pone de mani-

fiesto el Juez *a quo*, que su colaboración se limitaba, según su propio relato, a sujetar a las mujeres para que les fuera realizada la mutilación.

Por tanto, dicha colaboración no parece de tal importancia como para que la misma sea imprescindible hasta el punto de sufrir una persecución que le obligue a abandonar el país, puesto que además, la misma se concreta en la “gente de su pueblo” y no parece que la misma haya sido amparada o tolerada por las autoridades, a las que no consta hayan sido denunciado los hechos, habiendo manifestado también el recurrente en su solicitud de asilo que nunca fue detenido o encarcelado».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 22 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1143/2008.

Ponente: Don Fernando Francisco Benito Moreno.

Voz: Denegación de asilo: nacional de Argelia. Ausencia de elementos probatorios que respalden la persecución alegada.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la concesión del asilo solicitado. De la documentación aportada no puede deducirse que el solicitante se encuentre injustamente perseguido en su país por profesar ideas o creencias determinadas, de forma que su vida correría grave peligro si regresara de nuevo.

«(...) la actora alega, en síntesis, que trabajando había ganado bastante dinero y se compró un autobús, y empezó a trabajar como transportista de viajeros, trabajo que ha empezado a ser peligroso a finales de los años noventa y principios de 2000. Las autoridades le requisaban el autocar para usarlo puntualmente como vehículo de transporte de sus agentes, dejándose tirado cada vez en un lugar diferente después de haberlo usado y en general averiado o quemado, además sospechaban de ser simpatizante del movimiento Bereber, sobre todo después de

Asilo

haber participado tanto en las manifestaciones pacíficas como en las asambleas y encuentros. A su vez los terroristas sospechaban de colaboración y de estar al servicio de las autoridades, por estos motivos salió del país en mayo de 2002 con un visado Shengen expedido por el consulado de Francia, viajando a Marsella, París y en España a Zaragoza, Madrid y Sevilla, ciudad desde la que fue expulsado después de algunos meses de estancia con otros 200 argelinos más el 25 agosto 2002. Volvió entonces a Argelia, a Tizi Ghenif, donde empezó a padecer las presiones y las coacciones tanto de las autoridades como de personas supuestamente vinculadas a los terroristas, las dos partes le reprochaban la huida del país y buscando cual fueron sus verdaderas motivaciones dado que se ganaba bien la vida allí y no tenía necesidad de emigrar por motivos económicos, por lo cual en julio de 2003 decidió volver a salir del país, viajando esta vez a Zaragoza y Madrid, y finalmente el 2004 a San Javier, donde reside hasta ahora.

Como se pone de manifiesto en el informe de la Instrucción que obra en el expediente administrativo, el cual no ha sido desvirtuado ni siquiera se ha intentado combatir sus afirmaciones, puesto que en el procedimiento la actora ni siquiera ha solicitado el recibimiento a prueba, de la información disponible sobre Argelia, se puede afirmar por el mero hecho de pertenecer al colectivo beréber y de haber participado en sus marchas, nadie es objeto de persecución en Argelia.

Respecto la persecución de la que afirma ser objeto, porque la policía utilizaba su autobús y por eso los terroristas pensaban que era colaborador de las autoridades, se trata de unos hechos ocurridos con anterioridad al año 2003 (momento en que sale definitivamente del país) y desde entonces la situación en Argelia general y la actividad de los grupos terroristas en particular ha cambiado radicalmente.

En realidad, sigue diciendo el informe de destrucción, no debemos olvidar que el solicitante llegó a

nuestro país en el año 2002 cuando la situación respecto al terrorismo era todavía muy inestable, y no pidió entonces asilo, sin que exista ningún motivo para que no lo hiciera entonces, puesto que regresó a España en el año 2004 y desde entonces sigue viviendo en nuestro país dos años sin solicitar protección.

Es por ello, que de todo lo actuado, tanto en el expediente administrativo, como en este procedimiento, no se ha aportado elemento de convicción probatorio, o al menos, con valor de indicios suficientes (...), según la naturaleza del caso, para deducir que el solicitante se encuentra injustamente perseguido en su país por profesar ideas o creencias determinadas, de forma que su vida correría grave peligro si regresara de nuevo.

Respecto de la aplicación de lo establecido en el artículo 17.2 la Ley 5/1984, (...) autorización a la permanencia en España, por razones humanitarias, la Sala, no aprecia que concurren una situación especial en la peticionaria de asilo que la haga diferente a los cientos de personas que huyen de países en situaciones peores a las que en la actualidad se encuentra Argelia.

Razones todas ellas que conducen a la desestimación total del recurso».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de mayo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 818/2006.

Ponente: Doña Isabel Perello Domenech.

Voz: Asilo: nacionales de Camerún. Fundado temor de persecución.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente y sus hijos menores contra la resolución por la que se acordó denegar el asilo solicitado al aportar, desde el inicio, un relato creíble y coherente de persecución y una serie de documentos cuya falsedad no ha sido establecida.

Asilo

«La señora Milagrosa, que dice ser nacional de Guinea Ecuatorial, presentó solicitud de asilo en España el día 21 de marzo de 2003, manifestando que estaba casada con Dionisio y que como consecuencia de las actividades de su esposo, relacionadas con la construcción y su cargo militar. Carlos María llamó directamente a mi esposo y le dijo que ya estaba al corriente de lo que pretendía hacer en la ciudad de Bata y sin dejarle hablar, le amenazó con mandar un escuadrón armado para detenerlo y encarcelarlo y si ofrecía la más mínima resistencia daría orden de dispararle. Al parecer por este motivo, mi marido salió del país en el mes de diciembre de 2003 rumbo a Camerún con la intención de llegar a España desde dicho país y pedir asilo. Pero las autoridades cameruneses le detuvieron y según información que he obtenido de internet se le ha repatriado a Guinea Ecuatorial. Me encuentro en España con mis seis hijos, dos sobrinos y dos hijos de mi esposo habidos fruto de otra unión, ya que hace tiempo que debido a la constante inseguridad reinante en nuestro país, optamos por instalar a nuestros hijos en España. Todos están estudiando y eran mantenidos con los ingresos periódicos que mi esposo nos remitía mensualmente. En estos momentos no puedo volver a mi país por temor a represalias políticas por ser la esposa de Dionisio. Mi esposo está encarcelado y la mayor parte de mis familiares o han sido detenidos o se encuentran en paradero desconocido. Yo junto con mis hijos vivimos casi abandonados ya que la detención de mi esposo ha significado el que nuestros ingresos dejen de llegar».

(...).

(...) por su parte el ACNUR en su dictamen (...) señala:

“La Delegación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados desea hacer constar que las personas de referencia, tras el estudio de las alegaciones y los demás datos que obran en sus expedientes de asilo abiertos en la Oficina de

Asilo y Refugio, así como la información disponible sobre la situación actual en Guinea Ecuatorial, albergan un fundado temor de persecución por pertenencia a un grupo social determinado, por lo que serían merecedoras de la protección otorgado por el Estatuto del Refugiado.

Los solicitantes son familiares directos y así lo documentan de D. Dionisio cuyo caso pasa con criterio de exclusión en la presente comisión. Para todos ellos la instrucción propone un criterio desfavorable al entender que solicitan asilo por extensión de la petición de D. Dionisio y puesto que este caso pasa con criterio de exclusión.

Esta Delegación no entra a valorar en caso de D. Dionisio al estar de acuerdo con el criterio de la instrucción; sin embargo considerando el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951 y la información actual disponible sobre Guinea Ecuatorial entiende que sus familiares serían merecedores de protección internacional.

Por lo que se refiere al artículo 1.A) de la Convención de Ginebra, el mismo en ningún momento exige la existencia de una persecución pasada para que una persona sea reconocida como refugiada, sino que habla de temores fundados que deben estar vinculados a una de las causales que ese artículo menciona.

Esta Delegación entiende que un correcto análisis de las presentes solicitudes exigiría valorar si existe algún riesgo para los interesados en el caso de regresar o ser devueltos a Guinea Ecuatorial en la actualidad y si ese riesgo está vinculado a alguno de los motivos establecidos en el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951.

En este sentido, esta Delegación quisiera señalar la concurrencia, en el caso que nos ocupa, de todos los elementos necesarios para identificar una persecución por pertenencia a un grupo social determina-

Asilo

do constituido por ser familiares de un acusado y condenado en un juicio injusto:

1. En primer lugar, el hecho de ser familiares de una persona que fue condenada en un juicio injusto por agentes del Estado, constituye una característica innata a inmutable y que es irrenunciable.

2. Además, el grupo de personas constituido por familias de personas que han sido acusadas y condenadas, son percibidas como un grupo conocido por dicha sociedad que los distingue del resto, convirtiéndose en objetivos militares a exterminar.

Conclusión:

Por todo lo anterior esta Delegación considera que existe, en los solicitantes, un temor fundado de persecución, por parte de agentes del Estado, por pertenencia a grupo social determinado, en el sentido del artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951. La situación actual en Guinea Ecuatorial no garantiza su protección y por tanto, los solicitantes se encuentran en necesidad de ser protegidos por las autoridades españolas bajo el Estatuto de Refugiado”.

(...).

Sobre el fondo de la cuestión planteada no puede dejar de convenirse en que los hechos narrados por la recurrente. D.^a Milagrosa deben incardinarse dentro del marco de la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1.A) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, pues resultan verosímiles por varias circunstancias. En primer lugar, por cuanto gran parte del relato de los hechos se sustenta en la situación generada por su relación de parentesco con Dionisio, también solicitante de asilo, si bien se ha informado con criterio de exclusión. No obstante, la situación de los recurrentes es radicalmente distinta como se indica en el informe emitido por el ACNUR en el que se exponen de manera razonada y motivada el temor de que pudieran ser objeto de

represalias en su país precisamente por su relación con el citado Sr. Dionisio.

Ante la claridad y contundencia de dicho informe cuyas conclusiones sobre la necesidad de protección resultan plenamente convincentes, no cabe obviar su contenido con fundamento en las supuestas irregularidades advertidas por la Instrucción de índole formal y que no se constatan a través de ningún medio o dato objetivo veraz.

Por lo demás, intentada la práctica de prueba sobre los extremos aludido y la negativa o falta de contestación adecuada por parte de la organización competente no cabe interpretarla en contra de los recurrentes que desde el inicio aportaron un relato creíble y coherente de persecución y una serie de documentos cuya falsedad no ha sido establecida.

En suma, el contundente informe del ACNUR sobre la situación de los recurrentes y el temor razonable de la persecución en Guinea Ecuatorial vienen a desvirtuar las razones aportadas por la Administración para rechazar su petición.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso aparece indiciariamente la necesidad de protección de los recurrentes ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, en la interpretación que de ésta hace el Tribunal Supremo, por lo que procede estimar el recurso interpuesto y anular la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 6 de mayo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 133/2009.

Ponente: Doña Ana María Sangüesa Cabezedo.

Voz: Asilo: inadmisión a trámite. Nacional de Siria.

Asilo

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo. La problemática que plantea el solicitante de asilo se corresponde fielmente a la situación en la que se encuentra el país, y en especial la población kurda.

«El juzgador de instancia parte del siguiente relato, que toma del expediente administrativo, y sintetiza del siguiente modo: “Don Juan Miguel, quien dijo ser originario de Siria presentó una solicitud de asilo el día 30 de mayo de 2008; en ella manifestaba que vivía con sus padres y hermanos en la localidad de Ain Arab, no tenía empleo estable y trabajaba en lo que salía. Tanto él como su familia son de etnia kurda. Un día se dirigía junto a otros jóvenes kurdos a la celebración una fiesta kurda cuando fue detenido por los servicios secretos sirios. Una vez en prisión fue torturado y vejado durante un mes, logrando que lo dejaran libre aceptando ayudar a los servicios secretos sirios. Se puso en contacto con un hombre y le pagó 4.000 euros por un pasaje en barco hasta Europa. El 2 de mayo de 2008 salió de Siria, al día siguiente llegó a Estambul donde tomó un barco que el 22 mayo 2008 lo dejó en las costas de Ceuta; la Delegación en España del Alto Comisionado de Naciones Unidas para refugiados informó favorablemente la inadmisión a trámite está solicitud”.

(...).

El segundo y el tercer motivo tratan de poner de relieve que el relato que fundamenta la solicitud de asilo aparece avalado por el informe de Amnistía Internacional que obra en el expediente administrativo. Sobre este extremo, hemos de puntualizar que lo que obra en el expediente administrativo es el informe de la Comisión de Ayuda al Refugiado en Andalucía (CEAR) de apoyo a la solicitud del interesado. En dicho informe se citan las fuentes consultadas, y en especial el informe anual de Amnistía Internacional 2007, que a juicio de la entidad informante permite apoyar la solicitud de asilo del ahora apelante, puesto que la problemática que plantea

el solicitante de asilo se corresponde fielmente a la situación en la que se encuentra el país, y en especial la población kurda. En efecto, de acuerdo con los referidos informes de Amnistía Internacional, la población kurda de Siria sufre una grave discriminación a causa de su origen étnico; el kurdo no está reconocido como lengua oficial y su uso en los colegios está prohibido; está prohibido hablarlo en celebraciones privadas y en el lugar de trabajo; los kurdos que celebran festividades tradicionales como el año nuevo lunar (Nowruz) pueden ser objeto de detención arbitraria. Del mismo modo se pone de manifiesto que decenas de miles de kurdos siguen siendo apátridas en la práctica y continúan privados de acceso igualitario a los derechos económicos y sociales; según los informes que maneja la organización, tras las celebraciones del año nuevo lunar, en el mes de septiembre 75 kurdos quedaron en libertad tras su detención en marzo; las fuerzas de seguridad disolvieron violentamente la celebración.

(...).

Pues bien, en el caso que examinamos no podemos afirmar que el relato sea manifiestamente inverosímil, y que no merezca un estudio en profundidad. En efecto, el interesado relata de forma pormenorizada en el expediente, su origen, su forma de vida y el hecho de haber sufrido una detención tras la celebración del año lunar; tras lo cual habría quedado en libertad a cambio de convertirse en informador de los servicios secretos kurdos. Ante el temor de ser perseguido abandonó el país, a través de Turquía, con la ayuda de un traficante al que pagó una suma de dinero. Tomó un barco el 3 de mayo y llegó a Ceuta el día 22.

El interesado aportó documento de identidad y un relato que no resulta manifiestamente inverosímil, dado que se corresponde con una situación real, que apoya CEAR a través de los informes que cita. En tales condiciones debemos entender que el relato no era manifiestamente inverosímil, y que con-

secuentemente procedía la admisión, lo que nos lleva a la estimación del recurso de apelación».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 11 de mayo de 2009.

Recurso de Casación: 3155/2006.

Ponente: Don Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Asilo: nacional de Nigeria. Ablación de clítoris.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado; la huida con la finalidad de evitar esa reprochable práctica de la ablación genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra.

«Contiene la sentencia de instancia la siguiente fundamentación jurídica (que transcribimos en cuanto ahora interesa):

“La Resolución recurrida se fundamenta básicamente en que: la solicitante no aporta ningún documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia; en que el relato resulta inverosímil e incongruente; y finalmente en que ‘los elementos probatorios aportados por la solicitante en apoyo de sus alegaciones se refieren a hechos que no ha establecido suficientemente en el relato de la persecución alegada, por lo que no pueden considerarse prueba o indicio de persecución’. Concluye la Resolución que la solicitante ha incumplido los deberes que legalmente se le imponen, dificultando el estudio de la solicitud.

Frente a ello la actora relata en la demanda que nació en Uselu, ciudad del sur de Nigeria, cercana a Benin City. Había un hombre musulmán en su pueblo que quería casarse con ella; esta persona de posición económica más holgada que la de su familia, prestaba ayuda a sus padres. Ella no quería casarse

con este hombre, entre otras razones porque ‘él era bastante mayor que ella’, pero, pese a ello, su padre tomó la decisión de entregarla a aquél. ‘Él era rico y ya tenía dos mujeres.

Él era bastante mayor que ella y sus esposas unos 20 años’. Con tal finalidad, previamente, le fue practicada la mutilación genital femenina. Tras ello logró escapar a Benin City donde vivía un familiar suyo; se trasladó a Togo y a Ghana y posteriormente a España. Cuando pudo contactar con su hermana, supo que su pretendiente había estado en la ciudad buscándola. En la actualidad vive en Valencia y mantiene una relación de pareja.

La actora, tras exponer los razonamientos jurídicos en que basa su petición, pretende como petición principal que se le reconozca el estatuto de refugiada y el derecho de asilo; subsidiariamente, la autorización de su permanencia en España con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

La Abogacía del Estado se opone a tal pretensión destacando que, además de no existir ningún documento que acredite sus alegaciones, la recurrente ya sabía desde hacía tiempo que sus padres tenían acordado el matrimonio y, en consecuencia, que se le practicaría la ablación del clítoris antes de la celebración del mismo, no reaccionando contra tal situación. Tampoco acredita que solicitase protección de las autoridades de su país, dado que la mutilación genital femenina está prohibida en Nigeria desde el año 2000; y además la falta de colaboración de la actora para llevar a cabo una entrevista considerando no creíbles otros datos del relato formulado, oponiéndose finalmente a la aplicación al caso de lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

(...).

La actora presenta su petición de asilo el 16 de septiembre de 2002. Expresa en su petición de asilo que nació el 27 de julio de 1976, también señala que

Asilo

está casada y que su cónyuge, de nombre Samede (desconoce apellido) tiene unos 30 años; también hace constar que el motivo de su salida de Ghana (último país antes de venir a España) era “porque quería venir a España”.

La actora no se personó para practicar la entrevista requerida por la Administración aunque expresa que no tuvo conocimiento de tal requerimiento; sin embargo es lo cierto que en vía procesal sigue sin aportar documentación acreditativa de su identidad y nacionalidad. Pero es más el relato de la actora al solicitar el asilo es contradictorio con la narración formulada en demanda. Así en su petición de asilo expresa que nació en 1976, por lo que en la actualidad tiene, según lo manifestado, treinta años, sin embargo en la demanda se hace constar que la persona a la que se vincula en matrimonio “era bastante mayor que ella”, lo que es claramente contradictorio con la edad de su esposo expuesta en la petición de asilo (30 años). La actora, por otra parte, al formular su petición de asilo no expresó como motivo determinante de su petición el trato (ablación y matrimonio forzoso) que había recibido en Nigeria, donde efectivamente se constata que la ablación está prohibida aunque tiene escasa eficacia la persecución de tales actividades. En una situación, tan angustiada como ésta resulta lógico pensar que tan graves hechos quedasen expuestos inicialmente al solicitar el asilo lo que no ocurrió pues expresaba tan solo su deseo de venir a España como motivo justificativo de su petición de asilo. Por otra parte expresa en demanda que tenía miedo de que en su país fuese obligada a casarse y sin embargo en la petición de asilo manifiesta que ya estaba casada. Todas estas contradicciones, junto a la falta de prueba sobre el relato indicado no permiten estimar la petición de asilo.

(...).

Más específicamente, en STS de 10 de octubre de 2006 recogimos el criterio del ACNUR sobre la práctica de la mutilación o ablación genital en Nigeria,

en el sentido de que “existen numerosos informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección efectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital” y que la mutilación genital, aun estando prohibida en algunos Estados, “parecería que aún se practica extensivamente en todo el país, y que las mujeres podrían verse sometidas a esta práctica desde la primera semana hasta después de dar a luz a su primer hijo”, concluyendo en dicha sentencia que la huida con la finalidad de evitar esa reprochable práctica de la ablación genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra.

En estas y otras sentencias sobre casos similares, referidas a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria, transcribíamos un informe del ACNUR que resulta sumamente expresivo de la situación de las mujeres en ese país. Decía aquel informe: “según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país”.

Y, lo que es más importante, esas mismas consideraciones se recogen en los informes obrantes en los autos de este concreto recurso sobre la situación sociopolítica de Nigeria. En efecto, en el curso del período probatorio se unió a las actuaciones un informe del ACNUR en el que se indica que aun cuando la mutilación genital femenina (MGF) está decreciendo en ese país y se han promovido campañas oficiales en su contra, “la práctica es todavía común en la mayor parte de Nigeria, especialmente

en las áreas rurales. Generalmente, la MGF se practica a las niñas durante la infancia, cuando llegan a la pubertad o como preparación para el matrimonio. En casos muy excepcionales, las mujeres son circuncidadas antes o después de dar a luz el primer hijo". Más aún, se apunta en ese informe que ciertamente algunos Estados han aprobado normas para prohibir la MGF, pero las penas impuestas son mínimas, y "a pesar de la prohibición en algunos de estos Estados sigue siendo practicada regularmente"; se insiste en que "la edad a que se somete a niñas y mujeres a la MGF varía desde la primera semana de nacimiento hasta que la mujer da a luz a su primer hijo", y se especifica que "la MGF se practica particularmente entre las comunidades de carácter étnico edo y urhobo", dato este último que es particularmente relevante en el caso que nos ocupa porque en el listado de datos personales obrante al folio 2.1 del expediente consta que el idioma materno de la solicitante de asilo y recurrente en casación es, precisamente, el edo. Y más todavía, aclara el informe del ACNUR que "una mujer que se haya negado a contraer matrimonio o a sufrir la MGF puede que no sea recibida con facilidad por sus familiares o por miembros de su comunidad en otra parte del país(...) abandonar la familia supone la exclusión social y económica para la mayor parte de los nigerianos y particularmente para las mujeres (...) la única salida para las mujeres que se encuentran en estos casos es la prostitución". Sin que sea garantía de protección suficiente la denuncia ante las Autoridades del país, pues, aclara este informe, "las mujeres que sufren violencia doméstica se enfrentan a numerosas barreras cuando buscan protección. Estas barreras incluyen leyes discriminatorias y punitivas (incluyendo la sharia), el estigma social que supone denunciar, los altos costes de cualquier acción legal, las actitudes de la policía y del sistema judicial, la falta de refugios y albergues para las mujeres que huyen de la violencia y las dificultades de vivir como una mujer divorciada. El sistema legal nigeriano ha sido acusado de crear un sistema jurídico complejo y confuso donde a las mujeres se les deniega por lo general una protección adecuada".

(...).

Por lo demás, si la nacionalidad nigeriana de la recurrente no se hubiera considerado suficientemente acreditada (al nivel indiciario exigible en esta materia, según jurisprudencia constante), no habría tenido sentido practicar prueba sobre la situación social y política de Nigeria, pues estando en duda la procedencia de la solicitante sería ocioso desarrollar actividad probatoria sobre un país del que no se sabe si proviene o no; y sin embargo, la Sala de instancia aceptó y dispuso la práctica de prueba sobre las circunstancias de ese país.

En fin, cuando la Sala accedió a conceder a la interesada el derecho a la permanencia en España por razones humanitarias, lo hizo valorando que en caso de regresar a su país podría tener problemas de acogida en su entorno familiar y social, pero, lógicamente, ese juicio sólo puede hacerse si se parte del presupuesto dialéctico de que efectivamente la actora proviene de donde afirma, esto es, de Nigeria, pues cuando no se sabe realmente de dónde procede una persona no es posible formar juicio alguno sobre su lugar de origen, y a la inversa, si se basa un razonamiento en las circunstancias del país de procedencia del solicitante es porque esa procedencia se asume como cierta.

(...).

Sentado, pues, que la actora procede de Nigeria y que invocó como motivo de su salida de dicho país la huida frente a un matrimonio forzoso precedido de la práctica de la ablación genital asimismo forzosa, hemos de examinar a continuación si concurren las contradicciones e incoherencias en el relato de la solicitante que, a juicio de la Sala de instancia, desvirtuaban la verosimilitud de dicho relato. Pues bien, en este punto hemos de decir que tales incoherencias no dejan de referirse a cuestiones accesorias, que ni siquiera valoró la Administración, y no revisten por ende tanta trascendencia como para desacreditar aquel relato.

Expulsión

Para empezar, el hecho de que no se haya aportado documentación acreditativa de la identidad puede explicarse por las circunstancias de una huida precipitada frente al acoso familiar, y en todo caso es un dato de secundaria importancia cuando se ha establecido suficientemente la nacionalidad, que es el dato que realmente interesa.

En segundo lugar, la Sala de instancia apreció contradicciones e incoherencias en el relato de la actora acerca del extremo relativo a la edad del esposo (concretamente en relación con la declaración de la solicitante de que éste era mayor que ella), pero este es un aspecto, insístmamente, accesorio en el contexto global del relato de la interesada, hasta el punto de que el informe desfavorable de la Instrucción (que se caracteriza habitualmente en esta clase de expedientes por un estudio minucioso de las circunstancias de cada caso) no formuló ningún reparo desde esa perspectiva.

También reprocha la Sala de instancia a la solicitante y demandante que en la demanda manifestó que tenía miedo de que en su país fuese obligada a casarse y sin embargo en la petición de asilo manifestó que ya estaba casada, pero esta inicial contradicción puede explicarse en atención a lo manifestado en el escrito de la CEAR (...) del expediente, donde, recogiendo las manifestaciones de la interesada, se afirma, literalmente, lo siguiente: “Practicada la mutilación, la mujer es inmediatamente entregada al hombre y debe irse con él. Esto es considerado como la boda. Posteriormente puede realizarse o no una ceremonia, pero el matrimonio ya se entiende formalmente celebrado. Ella no se fue con él. Se negó”; pareciendo hacerse referencia a una suerte de matrimonio no totalmente formalizado. De hecho, tampoco la Instructora del expediente dedicó a este punto una especial atención.

Ahora, dando un paso más, hemos de valorar, a tenor de las consideraciones expuestas, si ese relato que inicialmente hemos calificado de verosímil puede entenderse, además, acreditado (al nivel indiciario

requerido en esta materia) por los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones. Pues bien, si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzados, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los “indicios suficientes”, según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital».

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Fecha: 6 de marzo de 2009,

Recurso de Apelación: 172/2008.

Ponente: Don José Matías Alonso Millá.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada por tres años: imposibilidad de regularizar su situación con una autorización de residencia.

Expulsión

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se acordó la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de tres años al no constar trámite alguno del que pueda deducirse su intención de regularizar su situación en España; asimismo, carece de domicilio conocido, se encuentra presuntamente vendiendo bebidas alcohólicas a menores y su pasaporte se encuentra caducado.

«(...) “es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español.

La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo 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 la que expulsó al actor del territorio nacional”.

En la resolución no se hace constar con una especificación concreta y separada la fundamentación por la que se opta por la expulsión en lugar de la multa, pero del expediente administrativo se desprenden circunstancias más que sobradas que justifican se adopte esta medida de expulsión, pues la imposición de la multa implicaría no sólo seguir manteniendo la situación de irregularidad en nuestro país, sino también la real imposibilidad de obtener en un tiempo mínimamente prudencial una regularización de la situación de estancia irregular: así por una parte la aquí recurrente no se encuentra empadronada, no se acredita; consta un domicilio, pero realmente no se acredita que sea domicilio, hasta el punto de que en las alegaciones formuladas por abogado se indica el domicilio de su estudio, aunque es cierto que en la declaración prestada por la extranjera (...) se indica como domicilio en la Calle (...) de Madrid, (...); que no coincide con

lo expresado en la última línea del (...) expediente administrativo en donde se indica que “cuando posteriormente su marido manifiesta que viven en Ávila”; no presenta ningún contrato de trabajo, ni siquiera presenta una oferta de trabajo y en ningún caso se puede considerar como trabajo el “estar presuntamente vendiendo bebidas alcohólicas a menores de edad en establecimiento sito en la calle (...)”, puesto que si estaba vendiendo bebidas alcohólicas a menores estaba realizando una actuación ilegal, y además debería entenderse, aunque así no fuese, que sería un trabajo totalmente ilegal pues no consta dada de alta en el sistema general de la seguridad social, ni consta autorización para trabajar; además, no se acredita que haya, en algún momento, realizado actuación alguna tendente a regularizar su situación, no se desprende ninguna intención de regularizar con anterioridad a iniciarse el trámite administrativo (ni con posterioridad); por otra parte, tampoco acredita ningún tipo de arraigo familiar, sin que se pueda alegar lo recogido en la última línea del ya indicado folio 15, pues no consta ni que viva en Ávila, ni que tenga marido, ni que viva con su marido (si es que lo tiene), cuestiones que pudo perfectamente acreditarlo en el procedimiento judicial); por último, no es consustancial a la infracción el haber entrado de forma ilegal en España, pues lo que es consustancial a la infracción es la estancia ilegal: pudo haber entrado de forma legal en España y posteriormente haber pasado a encontrarse en una situación de estancia ilegal por haber transcurrido el plazo para obtener la legalización de su estancia o por otras circunstancias, y lo cierto es que la aquí recurrente no acredita que haya entrado de forma legal en España; además, se encuentra con un pasaporte caducado, cuando el artículo 100 del Real Decreto 2393/2004 se establece que “los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar, en vigor, la documentación con la que hubieran efectuado su entrada en España...”. En el mismo acuerdo de iniciación del expediente de expulsión se hace constar que “no me consta trámite alguno que regularice su estancia en España”,

Expulsión

que no tiene domicilio conocido, que se encuentra presuntamente debiendo bebidas alcohólicas a menores, que el pasaporte se encuentra caducado. Todo ello justifica adecuadamente la imposición de la expulsión en lugar de la multa, sin que ni en el expediente administrativo, ni en las actuaciones judiciales la Sra. María Purificación haya aportado la más mínima prueba para desvirtuar estos hechos. La medida de expulsión con prohibición de entrada en territorio español se impone en el período mínimo de tres años, (...), por lo que no es preciso realizar fundamentación alguna en cuanto a este período.

Por tanto, si se impusiese la multa en lugar de la expulsión, la aquí apelante continuaría de forma ilegal en España, sin posibilidad (no se acredita ninguna) de regularizar su situación mediante una autorización de residencia, por lo que la única consecuencia lógica es la expulsión del país, como bien recoge la sentencia apelada, que en ningún caso contradice la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000.

Procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Fecha: 27 de marzo de 2009.

Recurso de Apelación: 209/2008.

Ponente: Don Eusebio Revilla Revilla.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada por diez años: condena penal.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acordó la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por diez años por haber sido condenado penalmente por un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior al año.

«Que en el presente caso procedía y procede legalmente la expulsión y no la multa por cuanto que la expulsión no solo se acuerda por aplicación del artículo 53.a) de la LO 4/2000, sino también por aplicación del artículo 57.2 de la LO 4/2000, es decir por haber sido condenado penalmente por un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior al año, en cuyo caso y cuando se trata de condena penal por delito no permite optar entre la expulsión y la multa, sino tan solo prevé la medida de expulsión para el condenado penalmente.

Que no concurre el defecto denunciado de falta de motivación en la resolución recurrida por cuanto que la misma, según reseña la sentencia de instancia “en sus fundamentos jurídicos hace explícitas las razones de la decisión que adopta la autoridad administrativa para desestimar la solicitud de la recurrente de forma sucinta y escueta y de un modo que el aquí actor ha podido conocer las razones que han justificado dicho acto, por lo que se trata de un acto administrativo suficientemente motivado de conformidad con la legislación y jurisprudencia citados”.

Que no es cierto que concurra en el apelante la situación de arraigo social, laboral y familiar que esgrime y ello: primero, por cuanto que así lo evidencia los delitos y penas por las que ha sido condenado que demuestra esa convivencia en territorio español contraria al orden y seguridad públicos y continua amenaza para la convivencia social, una vez se ha acreditado que ha sido condenado penalmente como responsable criminalmente de los delitos recogidos en la resolución administrativa; segundo, porque no consta acreditado que el apelante tenga una relación estable con D.^a Consuelo con quien ha tenido tres hijos, toda vez que el expediente también acredita que aquel tenía una orden de alejamiento respecto de ésta y que además existen detenciones por posible delito de malos tratos en el ámbito familiar, que excluyen la existencia del arraigo familiar.

Expulsión

(...).

En primer lugar se ha de recordar que la expulsión del actor del territorio nacional se acuerda por dos motivos: primero por su estancia irregular en territorio español por encontrarse residiendo en España desde el 25 de enero de 2006 sin ningún tipo de autorización, al caducarle el permiso de trabajo tipo B renovado y constar resolución de expulsión de fecha 9 de marzo de 2006 por aplicación del artículo 57.2, lo que motiva la constitución de la infracción prevista en el artículo 53.a) de la Ley de Extranjería, autorizando el artículo 57.1 de la misma Ley a acordar la expulsión; y segundo por aplicación del artículo 57.2 de la citada Ley, al haber sido condenado el actor dentro de España por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, como sucede en el presente caso al haber sido condenado por sentencia penal firme como autor de dos delitos de robo con violencia (...) y porque no concurre ninguna circunstancia de las previstas en el artículo 57.5 de la LO 4/2000 que impida la expulsión.

(...).

En el caso de autos, teniendo en cuenta: primero, que el apelante no solo ha sido condenado por un delito sino por dos delitos de robo con violencia; segundo, que tales delitos se encuentran sancionados con pena privativa de libertad superior al año; tercero, que como quiera el apelante durante la tramitación del expediente se encuentra cumpliendo condena en el centro penitenciario de Segovia, es por lo que necesariamente ha de concluirse, (...) que mencionados antecedentes penales no estaban ni están cancelados, y que el apelante aún no había extinguido el cumplimiento de su condena, que no había sido indultado y tampoco se había beneficiado de la suspensión de la ejecución prevista en el Código Penal; acreditados así los hechos la consecuencia jurídica anudada a dicha condena, es decir la expulsión del territorio español, (...) es plenamente conforme a derecho.

Y no solo es conforme a derecho la expulsión acordada por mencionado motivo sino que además, el artículo 57.2 de dicha Ley no prevé la multa como alternativa a la expulsión, razón por la que no puede imputarse ni a la resolución administrativa ni a la sentencia de instancia una reacción desproporcionada al imponer la expulsión en dicho supuesto, toda vez que se han limitado a cumplir escrupulosamente lo dispuesto en la Ley, que en dicho extremo no ha sido declarada inconstitucional. Igualmente conviene recordar que es y ha sido criterio reiterado de esta Sala que la expulsión no se contempla en el artículo 57.2 de la LO 4/2000, (...) como sanción y ello simple y llanamente porque el presupuesto que conlleva dicha medida, es decir la condena penal por un delito con pena privativa de libertad superior a un año no esta expresamente prevista como infracción en el artículo 54 de dicha Ley.

Por otro lado, no se incumple la previsión del artículo 31.4 de dicha Ley por cuanto que no solo no estamos ante el supuesto legal en el contemplado como es la de renovación de la autorización de residencia, sino porque además en el caso de autos no solo existen antecedentes penales vigentes y no cancelables todavía sino porque la pena impuesta se encontraba cumpliendo y condenado a la misma no había sido ni ha sido objeto de indulto ni de remisión condicional (actualmente de suspensión).

En segundo lugar, y por lo que respecta a la segunda causa –la de situación irregular– que aplica la resolución administrativa para acordar también la expulsión (...) considera la Sala que también concurre por cuanto que resulta probado que se encuentra residiendo en España desde el 25 de enero de 2006 sin ningún tipo de autorización, al caducarle el permiso de trabajo tipo B renovado y constar resolución de expulsión de fecha 9 de marzo de 2006. Y el responsable de esta permanencia en España sin permiso o autorización es el apelante, quien al cometer los hechos delictivos por los que ha sido condenado y encontrarse cumpliendo condena no ha podido renovar tales permisos por concurrir causa

Expulsión

legal que lo impide, como es la existencia de antecedentes penales con la entidad y gravedad descrita por los que cumplía condena, (...) toda vez que en este caso no era aplicable la eventual renovación de la autorización prevista en el último precepto por cuanto que no había cumplido la pena, no había sido indultado y tampoco obtenido la remisión condicional. Todo ello lleva a la Sala a concluir que solo es imputable al apelante que el mismo se encontrara en situación irregular en territorio español, toda vez que la imposibilidad de poder renovar su autorización de residencia y trabajo trae exclusiva causa de su conducta delictiva.

También esgrime la parte apelante que la medida de expulsión resulta desproporcionada porque no tiene en cuenta la situación de arraigo social, laboral y familiar en España. Considera la Sala que al menos esa situación de arraigo no se da en el apelante desde que comenzó a cometer los hechos delictivos, fue juzgado y condenado y se encuentra cumpliendo condena. No niega la Sala que el apelante en un principio pudiera concurrir en la situación de arraigo que esgrime, pero lo que no ofrece ninguna discusión es que esa situación de arraigo laboral, familiar y social no ha persistido al menos desde el año 2005. E insiste la Sala en que no se acredita, como respondía a la actora, esa situación de arraigo laboral porque no existe documentos en autos que acredite que el apelante haya trabajado desde el año 2004; tampoco existe el arraigo social desde el año 2004 porque es justo desde dicho año cuando incide el apelante en la comisión de los hechos delictivos por los que es juzgado, condenado y cumple condena; y no puede existir arraigo social por cuanto que las condenas penales de las que ha sido objeto y los delitos de los que es responsable revelan ese menosprecio absoluto por la normal convivencia y el orden público, y un total menosprecio por el respeto por las personas y bienes ajenos.

E incluso considera la Sala que tampoco existe arraigo familiar porque no basta para que concurre tal situación tener hijos con su pareja de hecho

y que estos hayan nacido en España, sino que el arraigo familiar exige cumplir respecto de los hijos los deberes legales y morales que como padre le corresponden, y mantener una relación estable y permanente de convivencia con los mismos, alimentarlos y educarlos, y en el caso de autos dicho cumplimiento no se ha acreditado primero porque por su propia culpa y responsabilidad se encuentra en prisión cumpliendo condena, segundo porque tampoco consta probado que haya atendido y mantenido económicamente a sus hijos ya que no consta que haya trabajado desde el año 2004, y tercero, porque no debemos olvidar que tenía acordada una orden de alejamiento respecto de su compañera. El hecho de que tras finalizar dicha orden la compañera haya ido a visitar al apelante al centro penitenciario y que incluso como consecuencia de la relaciones mantenidas por ambos durante su permanencia en prisión hayan tenido un hijo, ello no constituye causa bastante y suficiente a juicio de la Sala para concluir valorando que existe el dato del arraigo familiar, máxime cuando tales hechos pueden haberse llevado a efecto con el propósito de evitar la expulsión, por cuanto que esa reanudación de trato se produce una vez incoado el expediente de expulsión.

En todo caso no debemos olvidar que la expulsión se acuerda respecto del apelante, no respecto de sus hijos ni de su compañera aunque nada impide que los hijos y la anterior puedan acompañar al apelante; y si dicha expulsión implica el alejamiento y separación al menos temporal del padre respecto de sus hijos menores y respecto de su compañera si es que no deciden acompañar a aquél, ello amén de no constituir una novedad por cuanto que estando todos en territorio español también ha existido dicho alejamiento tanto por encontrarse en prisión como por tener una orden de alejamiento, referida consecuencia solo es atribuible exclusivamente a la conducta irresponsable del apelante y a nadie más, por lo que es a él a quien le corresponde cargar con dichas consecuencias legales, que le ha impuesto la Administración y que confirma el Juzgado de

Expulsión

Instancia y también esta Sala por ser plenamente conformes a derecho.

Todos estos argumentos llevan a desestimar el recurso de apelación y confirmar en su integridad la sentencia de instancia».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha: 1 de abril de 2009.

Recurso de Apelación: 312/2008.

Ponente: Don Fernando Seoane Pesqueira.

Voz: Expulsión: denegación de la suspensión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente frente al auto desestimatorio de la petición de suspensión de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Lugo por la que se acordó la expulsión del territorio nacional por estancia irregular argumentando que la denegación de la suspensión le produce perjuicios irreparables al gozar de una situación de arraigo.

«Se alza la ciudadana brasileña doña Mariola frente al auto, dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Lugo, desestimatorio de la petición de suspensión de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Lugo de 23 de noviembre de 2007 por la que se acordó la expulsión del territorio nacional por estancia irregular (...), argumentando que la denegación de la suspensión le produce perjuicios irreparables al gozar de una situación de arraigo, pues al inicio del expediente sancionador se encontraba ya empadronada, conviviendo con sus dos hijos en una vivienda de alquiler que abona, junto con los demás gastos que generan ella y su familia, con la realización de trabajos en España, además de tener un hijo menor de edad debidamente escolarizado y poseer familia en la misma localidad de Monforte de Lemos, que cuentan con residencia legal en España y con medios para mantenerla económicamente si fuera necesario, a todo lo cual añade que la sanción de

expulsión no es la procedente, en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que no basta con la permanencia ilegal en España para acordar la expulsión.

(...).

En el caso presente la recurrente no ha demostrado que los perjuicios que le causaría su salida obligatoria de España supongan una agravación de los que son consustanciales a la ejecución de todo acto administrativo, ya que en ese supuesto tal decisión chocaría con el principio de eficacia administrativa y conllevaría que en todo caso de expulsión hubiera de decretarse aquella medida cautelar. Por lo demás, la apelante no ha demostrado el arraigo que invoca, ya que la mera permanencia en España desde 2005 no demuestra aquella especial vinculación familiar, social o económica, que es exigible, siendo así que desde esa fecha ni ha solicitado autorización de residencia, ni siquiera temporal, ni de trabajo, lo cual se extiende a un hijo suyo. En definitiva, ni el hecho de estar empadronada en municipio español (por cierto, en fecha posterior a la detección de su estancia irregular, ya que ésta tuvo lugar el 23 de septiembre de 2007 y la certificación de inscripción padronal en el Concello de Monforte es de 6 de marzo de 2008), ni el disponer de vivienda en arrendamiento, ni tener un hijo escolarizado en Monforte, son circunstancias que acrediten aquella vinculación familiar de especial intensidad que se impone para reputar probado el arraigo en España y el consiguiente perjuicio irreparable que puede servir de fundamento de la adopción de la medida cautelar, máxime al no haberse demostrado la alegada residencia legal en nuestro país de otros familiares, cuya existencia en todo caso, sólo sería relevante si se tratase de familiares que tuviesen derecho a la reagrupación familiar por la vía del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (...) sobre lo cual nada se dice».

Expulsión

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 16 de abril de 2009.

Recurso de Casación: 5752/2003.

Ponente: Don Juan José González Rivas.

Voz: Expulsión: no es acto de trámite si propone la medida cautelar de internamiento.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra el acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo de expulsión.

«El objeto del recurso se concreta en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de los Autos dictados con fecha 6 de marzo y 30 de mayo de 2003, que inadmiten un recurso promovido al amparo del proceso de protección de derechos fundamentales sobre expulsión del territorio nacional.

Para analizar la cuestión planteada, procede tener en cuenta los siguientes antecedentes:

a) D. Nazario interpone recurso de casación (...) contra el auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8.ª) de 30 de mayo de 2003, que confirmaba en súplica el dictado con fecha 6 de marzo de 2003, declarando inadmisibile el recurso contencioso administrativo interpuesto por aquel contra el acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo de expulsión.

b) La Sala de instancia confirmó la inadmisibilidad del recurso interpuesto, (...) por entender que: “El recurrente, además de insistir, básicamente, en iguales argumentos a los ya esgrimidos en el trámite de alegaciones a la inadmisibilidad, no contesta a los fundamentos determinantes de la inadmisión del recurso y olvida la constante doctrina, en esta materia, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la que cabe citar, a título de ejemplo, la reciente Sentencia de su Sección Séptima de 30 de enero de 2001”.

c) Contra ese auto confirmando en súplica la inadmisión, la parte actora ha interpuesto recurso de casación.

Previamente al análisis de los motivos alegados, procede ratificar la debida admisión del presente recurso de casación, pues contrariamente a lo alegado por el Abogado del Estado, es difícil negar la concurrencia de interés casacional cuando, en el contexto de un procedimiento de expulsión, se alegan infracciones a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24 y 17 de la Constitución. Por otra parte, resulta indiferente que, formalmente, este recurso de casación se dirija contra uno u otro auto o contra ambas resoluciones, pues la dimensión del debate procesal se extiende a los dos autos de la Sala de instancia: el inicial de 6 de marzo de 2003 y el posterior que rechaza el recurso de súplica, toda vez que el auto resolutorio del recurso de súplica no hace sino confirmar la primitiva resolución de la Sala de instancia, en cuya parte dispositiva se acuerda “Inadmitir el recurso, en aplicación del artículo 51.1.c) en relación con el artículo 25.1 y 114.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

El recurso fue, por tanto, correctamente admitido a trámite, lo que nos obliga a pronunciarnos sobre los motivos que contiene.

La parte recurrente alega (...) la incongruencia omisiva y el defecto de motivación, en que habría incurrido el auto impugnado, causándole indefensión, defectos que, frente al criterio de la parte actora, no cabe apreciar, pues el auto impugnado, en tanto que ratifica la inadmisión a trámite del recurso contencioso-administrativo, sólo se pronuncia sobre la concurrencia de la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 51.1.c) en relación con el artículo 25 LJCA, motivándolo sucinta pero suficientemente, habida cuenta la argumentación expuesta en los Autos impugnados y haciendo expresa referencia a la jurisprudencia de esta Sala, que efectivamente ha venido considerando que la incoación de un expediente de expulsión de un ciudadano extranjero del

Expulsión

territorio nacional, es un acto de trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional (...).

En definitiva el recurrente alega que el acto que se pretende recurrir no es sólo un acto de trámite impugnabile, pues como destacaba el Ministerio Fiscal en las actuaciones de instancia, “Si bien es cierto que dicho acto es de trámite, también es cierto que, en ocasiones, puede incidir en la esfera de los derechos fundamentales”.

Sobre este punto, esta Sala ha matizado que el acto es de trámite siempre que no resulte acreditado que dicho acto haya tenido otras consecuencias para el interesado (...), ya que la jurisprudencia citada, superando planteamientos anteriores, ha estimado recursos en los que se planteaba análoga cuestión a la que ahora nos ocupa (...) y al igual que en los casos resueltos en aquellas sentencias, en este caso el acto administrativo recurrido inicia un procedimiento de expulsión y, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite, pero pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento y decide en el acto recurrido “proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento en tanto se sustancia el expediente en aplicación (...)”.

Esta determinación afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una resolución cualificada que incide en el contenido constitucional del artículo 17 de la CE, precepto que fue invocado por la parte actora desde el momento inicial de interposición del recurso».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Fecha: 24 de abril de 2009.

Recurso de Apelación: 15/2009.

Ponente: Don José Matías Alonso Millán.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada por diez años. Pena privativa de libertad: ausencia de arraigo.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acordó su expulsión del territorio nacional y se acordó una prohibición de entrada durante diez años.

«Indudablemente, si bien con una mayor extensión que puede inducir a una cierta confusión, la sentencia apelada se refiere a la situación de arraigo, concluyendo que no procede considerar el arraigo en supuestos como el presente, en el que se aplica la medida de expulsión por haber sido condenado por un delito con pena privativa de libertad superior a un año. Además, en cuanto a la situación de arraigo, esta Sala ya ha venido a manifestar la improcedencia de su consideración en supuestos de expulsión por comisión de un delito grave, y así en sentencia de fecha 6 de febrero de 2009, rollo de apelación 173/08, se recoge: “También esgrime la parte apelante que la medida de expulsión resulta desproporcionada porque no tiene en cuenta la situación de arraigo social, laboral y familiar en España; sin embargo considera la Sala que sería ‘cínico’ por parte de la Sala afirmar que existe referido arraigo, toda vez que dicha situación no concurre ni puede concurrir en la persona de la solicitante; y no puede existir arraigo social por cuanto que la grave condena de la que ha sido objeto y el delito por el que se le condena revelan ese menosprecio absoluto por la normal convivencia y el orden público; además en el hipotético caso de que hubiera habido arraigo el mismo claramente quedaría sin efecto y claramente interrumpido por la comisión de unos hechos delictivos tan graves, así como por la larga condena impuesta y por su cumplimiento en prisión. Su buen comportamiento en prisión tan solo puede tener los efectos penitenciarios que le reconoce normativa penitenciaria, pero no los efectos de dejar sin efecto la expulsión administrativa acordada en aplicación de la normativa de extranjería. Pero es que además tampoco podemos olvidar

Expulsión

que la expulsión decretada por aplicación del supuesto previsto en el artículo 57.2 de la LO 4/2000 no puede ser obviada ni eludida por la concurrencia de un presunto arraigo social o laboral, ya que dicha Ley ni tampoco el Reglamento de Extranjería que lo desarrolla contempla tal posibilidad”.

No podemos olvidar que el aquí apelante ha sido condenado con pena privativa de libertad de tres años y seis meses, por un delito contra la salud pública, encontrándose cumpliendo la condena al momento de incoarse el expediente de expulsión.

Este comportamiento denota una falta total de respeto a las normas de convivencia de este país, lo que implica una falta de arraigo. Por otra parte, esta falta de arraigo queda patente porque no acredita que haya realizado trabajo alguno en este país, así como por el desprecio a las normas de este país al no haber regularizado su situación, encontrándose de forma ilegal nada menos que desde el año 2003, sin que se haya acreditado (a pesar de lo que indica el apelante en el recurso de apelación) que se encuentre legalmente en España. Por otra parte, el expediente académico aportado denota una falta absoluta de integración, pues no puede considerarse de otra forma las calificaciones que aporta en las que, (...), se aprecia una nula aplicación académica; nula aplicación académica que se aprecia igualmente en el curso de “Programa de Garantía Social, modalidad de Iniciación Profesional”, en el que no supera el mismo y la calificación máxima es la de un 2 (...), lo que se vuelve a repetir respecto del recurso relativo al perfil profesional de “Operario de Soldadura”, (...). Por otra parte, resulta que se aportan muchas certificaciones de empadronamiento, pero referidas al aquí recurrente sólo se aporta una de fecha 3 de marzo de 2005, en que consta empadronado en (...) la ciudad de Miranda de Ebro, no constando, dentro de las certificaciones de empadronamiento aportadas de este recurrente-apelante se encuentre empadronado con otras personas en este domicilio, lo que no parece que mantenga una estrecha relación con su madre.

(...).

Expulsar al recurrente en ningún caso supone una vulneración de la tutela judicial efectiva, sino hacer cumplir la legislación vigente en este país. Se le ha dado una correcta, fundamentada y justa contestación a las pretensiones alegadas ante la justicia española, por lo que ha gozado de una tutela judicial adecuada y efectiva, cumpliendo todos y cada uno de los requisitos recogidos en el artículo 24 de la Constitución española y de la Jurisprudencia que sobre el mismo ha sentado el Tribunal Constitucional. El hecho de que no pueda realizar una vida digna en otro país, en su país de origen, debió plantearse antes de adoptar un comportamiento de total desprecio a la normativa de este país, vulnerando las normas de convivencia que rigen en España, no solicitando la legalización de su situación y demostrando una falta total de integración en la sociedad española. Ante esta situación, lo normal es que sea expulsado y quizá encuentre otro lugar en que se integre adecuadamente.

Realmente, no proceder a la expulsión del aquí apelante implicaría claramente una perturbación del interés general; interés general recogido en la legislación española, entre la que se encuentra la Ley Orgánica 4/2008; interés general que exige el cumplimiento de esta legislación».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Fecha: 28 de abril de 2009.

Recurso de Apelación: 80/2009.

Ponente: Don Daniel Ruiz Ballesteros.

Voz: Devolución por contravenir prohibición de entrada en los países del Espacio Schengen.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la Resolución de 4 de febrero de 2008, que acordaba la devolución del actor a Bolivia por haber contra-

Expulsión

venido una prohibición de entrada en los países que componen el Espacio Schengen.

«En este caso, en el expediente administrativo constan los documentos que acreditan que el apelante tenía una prohibición de entrada vigente de fecha 3 de febrero de 2006 y con fecha de cese de 3 de febrero de 2009, acordada por Italia. La medida de expulsión había sido acordada por la Prefectura de Trento por entrada y permanencia ilegal en el territorio nacional, y no sólo imponía la obligación de abandonar el Espacio Schengen sino también una prohibición de entrada en el mismo territorio. En el Sistema de Información de Schengen constaba la orden de expulsión y la prohibición de entrada en el territorio Schengen, recogiéndose también que el actor todavía figuraba inscrito en el S.I.S. debido a que no demostró que hubiera abandonado el territorio italiano. En consecuencia, el actor en lugar de cumplir con el acto administrativo dictado por Italia se desplazó a la localidad de Siruela en Badajoz, lo que motivó que la Delegación del Gobierno en Extremadura acordara la devolución del demandante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.2.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Estamos ante un supuesto específico donde no es necesaria la tramitación de un nuevo procedimiento administrativo pues lo que se está haciendo es ejecutar la decisión administrativa acordada por un Estado firmante del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen que establece que la prohibición de entrada por el plazo impuesto es extensible a los territorios de las partes contratantes, en este caso, al Reino de España. Precisamente, este Acuerdo es el que permite a los ciudadanos que son nacionales o residentes legales en un Estado firmante del Acuerdo moverse libremente por todo el territorio Schengen pero es también dicho Tratado el que permite dotar de validez a las órdenes de expulsión y prohibiciones de entrada en todos los Estados firmantes. A pesar de lo alegado por el actor, Italia no sólo acordaba su expulsión sino que también imponía una prohibición de entrada extensible a todos los Estados parte del Acuerdo Schengen, así se

recoge en el Sistema de Información de Schengen, por lo que el apelante incumplía dicha prohibición y procedía su devolución sin necesidad de conceder nuevo trámite de audiencia. Por otro lado, lo que realmente hace la Delegación del Gobierno en Extremadura es ejecutar la anterior decisión administrativa, siendo un principio básico fundamental de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo que en fase de ejecución no pueden ser alegados motivos de oposición que se refieren a la fase declarativa. Lo que la parte actora está planteando sería similar a si para ejecutar una orden de expulsión acordada por la Administración y que fuera incumplida por el destinatario fuera necesario la tramitación de un nuevo procedimiento administrativo, lo que haría siempre inviable la ejecución del acto administrativo. No es así, una vez acordada la expulsión, sea por la Autoridad nacional o por otro Estado firmante del Acuerdo Schengen, lo que procede es su ejecución en sus propios términos, conforme a lo acordado por Italia que fue registrado en un sistema de intercambio de información entre los Estados miembros, antecedentes que obran en el expediente administrativo, siendo establecido el Sistema de Información de Schengen en garantía del cumplimiento de los trámites de entrada y eficacia de las disposiciones de un Estado en otro debido a la supresión de controles en las fronteras de unos Estados con otros dentro del territorio Schengen. Por último, señalar que no existe nueva medida de prohibición de entrada en el territorio Schengen sino la aplicación del efecto legal previsto en el artículo 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, lo que se acuerda es el cumplimiento de esta prohibición de entrada que fue incumplida por el recurrente; el precepto no establece una nueva prohibición de entrada sino el mantenimiento de la existente mediante el reinicio del cómputo del plazo, ya que, de no de ser así, la violación del plazo quedaría salvada o cumplida por mero el transcurso del tiempo en situación irregular y en contra de la prohibición de entrada en el territorio Schengen.

Derecho al trabajo

El actor alega como segundo motivo de apelación que no procede su expulsión por tener una hija española. Sobre esta cuestión, debemos señalar que se trata de un hecho acontecido con posterioridad a la orden de expulsión y prohibición de entrada acordada por Italia, y de donde deriva la devolución ahora examinada. Al igual que hemos dicho en anteriores resoluciones, no es suficiente con alegar la presencia de familiares en el territorio nacional para dejar sin efecto la sanción de expulsión y prohibición de entrada. Las circunstancias familiares en modo alguno modifican la legalidad de la decisión de expulsión y los efectos de esta decisión en cualquier Estado firmante del Acuerdo de Schengen, en atención al reconocimiento mutuo por parte de los Estados firmantes en materia de expulsión de nacionales de terceros países, siendo imputable el incumplimiento de la legislación de extranjería exclusivamente a la parte demandante. La Administración ha dictado una Resolución que se basa en la aplicación de la Ley 4/2000, de 11 de enero, y los Tratados Internacionales ratificados por España, y no puede ampararse la situación de ilegalidad de la parte actora en tener una hija nacida en España después de que incumpliera su obligación de abandonar el territorio Schengen puesto que ello significaría que esta circunstancia –que no olvidemos acontece estando la parte demandante en una situación irregular– produciría, siguiendo la tesis de la parte demandante, la regularización automática con vulneración del principio de legalidad.

La devolución acordada no está en contradicción con la protección a la familia recogida tanto en la normativa estatal como en los Tratados Internacionales ratificados por el Reino de España. Ahora bien, los principios, derechos y garantías que establecen los textos legales nacionales e internacionales deben ser aplicados atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso, sin que ello conlleve dejar vacíos de contenido los requisitos que son exigibles para poder entrar en España. Lo que la parte actora está solicitando realmente es que se revoque la decisión acordada en su día por

la Prefectura de Trento que tiene efectos en todos los Estados firmantes del Acuerdo de Schengen, decisión que no fue cumplida por el apelante al permanecer en el territorio Schengen, lo que es contrario a la normativa en materia de extranjería y motiva la devolución del extranjero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 157.1.a) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sin necesidad de tramitar un nuevo expediente de expulsión. La entrada y permanencia ilegal en el territorio Schengen motivaron su expulsión y prohibición de entrada, dando España cumplimiento a lo acordado por Italia, lo que conduce a esta Sala de Justicia a la desestimación íntegra del recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia».

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

Fecha: 23 de febrero de 2009.

Recurso: recurso de suplicación 60/2009.

Ponente: D. Rubén Antonio Jiménez Fernández.

Voz: Extranjero que carece de autorización de trabajo. Accidente de trabajo

Resumen: «FUNDAMENTO SEGUNDO.- Fundamenta el juzgador de instancia la desestimación de la demanda en la nulidad del contrato de trabajo del

Derecho al trabajo

actor, por carecer el trabajador de autorización administrativa para trabajar y haber provocado error del empresario en cuanto a la existencia de la misma mediante la presentación de documento que correspondía a su hermano, cuyo nombre era muy similar al suyo, entendiendo que se trata de error que vicia el consentimiento y determina su nulidad con aplicación de los artículos 1256 y ss. (más concretamente el 1258 del Civil).

Se trata de argumentación que esta sala no comparte, pues en el caso de autos ocurre que el trabajador fue contratado sin estar en posesión de autorización administrativa para trabajar; el posible error del empresario, tan solo afectaría a la responsabilidad en que hubiera podido incurrir por tal omisión, pero ello no afecta a la validez del contrato de trabajo, de conformidad con los términos del apartado 3 artículo 36 de la LO 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, cuando establece que “Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”.

Asimismo, el artículo 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, obligación que no deja de ser exigible por el hecho de que el trabajador carezca de permiso de trabajo o autorización para trabajar en España, habiéndolo entendido así la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992.

El posible error podrá determinar la ausencia de responsabilidad administrativa del empresario por falta derivada del la falta de obtención del permii-

so, pero en modo alguna releva al empresario del cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo y, muy en particular, del deber de seguridad que incumbe al empresario, cuya vulneración es lo que en el presente caso se discute. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 11 de octubre de 2006, (rec. 3562/2005) y de 29 de septiembre de 2003, (rec. 3003/2002), en la que se decidía sobre las responsabilidades económicas derivadas del despido y, más concretamente, en la de fecha 9 de junio de 2003, (rec. 4217/2002) que versaba sobre un caso igual al presente, es decir sobre la responsabilidad del empresario derivada de accidente de trabajo sufrido por operario que prestaba servicios para el mismo sin tener autorización para trabajar, sentencia esta que concluye que “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. 3. Se trata de conclusión que, como afirma la citada sentencia, se corrobora por el hecho de que el artículo 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España prevea que la sanción de expulsión no pueda ser impuesta ‘a los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo’, precepto del que se desprende que un extranjero que carece de los correspondientes permisos pueda alcanzar la protección legal en supuesto de accidente de trabajo”.

Resultando del acta levantada por la inspección de trabajo, a cuyos términos se remite el apartado cuarto de los hechos declarados probados, que el fallecimiento del trabajador se produjo al precipitarse desde una de las plantas del edificio en el que trabajaba, el cual carecía de las reglamentarias medidas de protección, dado que el hueco se había protegido por unas tablas que carecían de la sujeción adecuada, es preciso estimar la existencia de

Derecho al trabajo

negligencia del empresario con relevancia causal en la producción del accidente y, consecuentemente, su obligación de reparar el daño producido, con aplicación de los artículos 1101 del Código Civil, por el incumplimiento del empresario del deber de seguridad en el trabajo.

Por los mismos argumentos, esta sala debe de rechazar la exclusión de la responsabilidad de la compañía de seguros con la que el empresario había suscrito contrato de seguro para cubrir el riesgo de responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo, pues es modo alguno es aceptable la tesis de que el accidentado no tuviera la condición de trabajador de la empresa demandada, ni existe, en el presente caso, constancia de que la empresa intentara ocultar tal contratación, no tuviera intención de darle de alta en el RGSS, ni de incluirle en la relación de trabajadores que debía de facilitar a la aseguradora, pues, la empresa, según el relato de los hechos, en todo momento actuó como si el trabajador contratado reuniera todos los requisitos para prestar servicios. Resulta relevante el hecho de que el hermano del trabajador fallecido, cuyo permiso de trabajo fue utilizado por aquel para facilitar su contratación, nunca ha prestado servicios para la empresa demandada».

NOTA: Un trabajador, de nacionalidad malí, suscribe un contrato de trabajo para obra o servicio determinado con una empresa radicada en Murcia para prestar servicios como peón albañil. El extranjero, que carecía de la preceptiva autorización administrativa para trabajar, utilizó la documentación de su hermano, circunstancia que no fue conocida por la empresa. Cuando estaba prestando servicios para la empresa, fallece al caer desde la segunda planta de un edificio en construcción. Como consecuencia del accidente, la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia, practicó las correspondientes actas de infracción. La empresa tenía suscrita una póliza de seguro con una Compañía

de Seguros, en la que contrató la responsabilidad civil patronal por accidente de trabajo de su personal asalariado, pero quedaba excluida el riesgo por reclamaciones de trabajadores que no estuviesen dados de alta a los efectos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo. Los padres y herederos del trabajador fallecido reclaman a la Empresa y a la Compañía de seguros una indemnización de daños y perjuicios derivados del fallecimiento de aquél.

Presentada la demanda ante el Juzgado de lo Social de Murcia, la sentencia de instancia la desestima al entender que el trabajador carecía de la correspondiente autorización administrativa para trabajar y había provocado error en el empresario al haber presentado la documentación de su hermano; este error vicia el consentimiento y determina la nulidad del contrato por aplicación de los artículos 1256 y ss del CC.

Acudiendo a la regulación general de los contratos que se contiene en el Título segundo del Libro IV del Código Civil, no hay contrato sino cuando concurre el consentimiento de los contratantes (CC artículo 1261). El consentimiento ha de ser personal, recíproco y versar sobre los elementos esenciales del contrato.

Sentado lo anterior, nuestro Código Civil advierte que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (CC artículo 1265). En él lo que se refiere al error, para que sea invalidante es preciso: que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar; que no sea imputable a quien lo padece, y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Tratándose de personas, el error invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo. En el caso que nos ocupa, se trata de un supuesto de suplantación de

Derecho al trabajo

la personalidad que desconocía el empleador, que parece que en todo momento actuó de buena fe.

La doctrina en los últimos tiempos ha seguido destacando y revitalizando la dimensión personal en la relación de trabajo, considerando el carácter *intuitu personae* como requisito para la validez de la contratación laboral (entre otras muchas, SSTs de 19 de junio de 2007, 12 de febrero de 2008 y 31 de enero de 2008). El caso enjuiciado, no cabe duda que la nulidad pretendida del contrato de trabajo concertado entre la empleadora y su aseguradora, y el trabajador, debe tener acogida, pues éste al realizar su identificación personal dio los datos de filiación, nacionalidad y circunstancias administrativas relativas a la autorización de la contratación de otra persona y no las propias de él, suplantando su personalidad y circunstancias que la identificaban.

Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de noviembre de 2007 (recurso de suplicación núm. 705/2004) y de Andalucía/Granada de 3 de diciembre de 2008 (recurso de suplicación núm. 1844/2008) han considerado que el contrato de trabajo con manifiesto error en la persona del trabajador/a, provocado por ellos mismos al aportar documentos falsos, constituye un vicio invalidante del consentimiento en grado tal que provoca la nulidad del contrato.

No se trata de la aplicación de la doctrina conforme a la cual el trabajador extranjero no autorizado no puede verse privado de la protección inherente al contrato de trabajo (en aplicación del artículo 36.3 de la vigente Ley de Extranjería –«la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidarán el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero»–), sino de que, ante la existencia de un contrato nulo por concurrir un vicio invalidante del consentimiento en grado tal que provoca la nulidad de la contratación.

Esta declaración de nulidad impide el acceso al reconocimiento de prestaciones del sistema de Seguridad Social, al no existir un contrato de trabajo que ampare la inclusión en dicho ámbito. No obstante lo anterior, el Derecho civil ordena que los contratantes se restituyan recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato (CC artículo 1303). Ante la imposibilidad de que esa restitución se lleve a cabo respecto de la prestación realizada por el trabajador, éste podrá exigir la remuneración propia de un contrato válido (ET artículo 9.2), en evitación del enriquecimiento injusto del empresario. Además, la posibilidad de exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido se interpreta en sentido estricto, esto es, sin que se adicione al elemento salarial ningún otro efecto (STSJ de La Rioja de 15 de abril de 1996). En particular, no cabe exigir al empresario la indemnización por extinción contractual (STSJ de Cantabria de 13 de junio de 2000). Y ello sin perjuicio, de poder ejercitar, ante la jurisdicción civil, la acción por indemnización de daños y perjuicios contra la entidad demandada, sobre la base a las previsiones contenidas en los artículos 1088 y ss. del CC.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 6 de febrero de 2009.

Recurso: recurso de suplicación núm. 6727/2007.

Ponente: D. Francisco Bosch Salas.

Voz: Extranjero residente que carece de autorización de residencia y trabajo. Prestación por desempleo: desestimación.

Resumen: «PRIMERO.–Dirige el trabajador recurrente, extranjero sin permiso de residencia ni trabajo, el único de los motivos de recurso contra la sentencia que desestimó su demanda de que de le reconociera el derecho a la prestación de desempleo, a denunciar al amparo del artículo 191 c) LPL la infracción del artículo 203 a 208 y 213 LGSS, en relación con el 36.3 de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Entiende que la falta de

Derecho al trabajo

permiso de trabajo a obtener por el empleador “no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”, según el artículo 36.3 de la ley de extranjería citado.

La cuestión ha sido resuelta por la STS de 18 de marzo de 2008, según la que la ley “a la hora de reconocer determinados derechos, distingue claramente a lo largo de todo su articulado entre el extranjero residente y aquel que se encuentra en situación irregular y regula los derechos de unos y otros de manera distinta. Concretamente en relación con la materia que nos ocupa, su artículo 14, bajo la rúbrica ‘derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales’ establece lo siguiente:

‘1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles’. Previsión por tanto en perfecta sintonía con el artículo 7 de la LGSS, que dispone que: estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualesquiera que sea su sexto, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España).

2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”.

Pues bien, si partimos de que según el artículo 30.bis de la LO, “son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”, parece evidente que los extranjeros en situación irregular que están necesariamente, *a sensu contrario*, incluidos en el párrafo tercero, carecen del derecho a las prestaciones de la

Seguridad Social que el párrafo primero solo reconoce a los extranjeros residentes.

De otro lado, no cabe olvidar que trabajar sin la oportuna autorización administrativa previa constituye para el extranjero en situación irregular, una falta grave. Así califica el artículo 53.b) de la propia LO 4/2000 el hecho de “encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”; y que por dicha falta puede ser sancionado incluso con su expulsión del territorio español (artículo 57.1 de la misma LO).

Atendiendo a lo expuesto, la interpretación del artículo 36.3 en su inciso final “ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle” debe conducir a conclusiones distintas, en función de cual sea la situación del trabajador extranjero.

Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, *ex* artículo 14.1 de la propia LOEx, en pie de igualdad con los trabajadores españoles.

Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener “las prestaciones que pudieran corresponderle”. Pero tales prestaciones, de acuerdo con el artículo 14.3 de la LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 sólo a los extranjeros “residentes”, sino los “servicios y prestaciones sociales básicas”; entendiéndose por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el artículo 53 de la LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia

Derecho al trabajo

sanitaria de urgencia que el artículo 12de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26 de mayo de 2004 (rec. 351/2003) calificó de “asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)”.

Abona tal interpretación el argumento de que, desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir, no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave que autoriza a su expulsión, a cualesquiera prestaciones de S. Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el artículo 14 de la misma LOEx, nunca tendría derecho. Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal.

Baste recordar, a este respecto, que la LO 7/1985 de 1 de julio, sobre “Derechos y libertades de los extranjeros en España”, ya lo señalaba en su exposición de motivos: “Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones”. Que la LO 4/2000 en el punto IV de su exposición de motivos subraya también que su objetivo es “incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular”. Y

que la exposición de motivos de la LO 14/2003 vuelve a repetir que la mejora de la gestión que establece tiene “el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio”. Por todo ello el recurso en solicitud de la prestación de desempleo ha de ser desestimado y ha de confirmarse la sentencia recurrida».

NOTA: La Sentencia que se reseña versa sobre la cuestión del reconocimiento de la prestación por desempleo contributiva de un trabajador extranjero que carece de autorización de trabajo) y la fundamentación jurídica se basa en la doctrina unificada vertida en la STS de 18 de marzo de 2008 (rec. 800/2007), sobre la que se puede consultar un comentario en el número 18 de esta Revista (D. Carrascosa Bermejo y P. Charro Baena, «El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008», pp. 235 y ss.).

Como no podía ser de otro modo, desde el pronunciamiento unificado se han sucedido diversas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que deniegan la prestación por desempleo del trabajador extranjero no residente (véase la voz *Derecho al Trabajo* del núm. 20 de esta Revista, pp. 144-151).

No satisface plenamente la doctrina unificada sobre el reconocimiento de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros que cuenta con la mera residencia legal. En particular, no queda claro qué prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes, al margen del desempleo, pueden obtener los extranjeros residentes que no cuentan con autorización de trabajo. Parece que, siguiendo la argumentación del TS, a todas, en aplicación del artículo 14.1 de la LOEx, pero ¿en régimen de responsabilidad empresarial o como indemnizaciones a cargo del empresario?

Permiso de trabajo

Por otra parte, dicha doctrina no resuelve los problemas mencionados respecto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la LGSS para ser beneficiario de prestaciones por desempleo, no sólo en el momento del hecho causante, sino también durante todo el tiempo en que se pretenda percibir tal cobertura. En particular, la disponibilidad para trabajar y la asunción del compromiso de actividad son requisitos que sólo cumplen quienes sean titulares de una autorización para trabajar. El reconocimiento de la prestación por desempleo no implica la obtención de una autorización de trabajo, pues la normativa de extranjería tan sólo lo contempla como una causa para la renovación [artículo 38.3.b) RD 2393/2004], lo que presupone una autorización previa.

En suma, el alcance del derecho a la Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular sigue planteando muchos interrogantes que deberían ser solucionados por el legislador de forma inequívoca, evitando construcciones jurisprudenciales controvertidas que, pese a sus intentos clarificadores, siguen planteando muchos interrogantes. El Anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, parece que asume la doctrina unificada reconociendo a los trabajadores en situación irregular las prestaciones derivadas de los convenios internacionales y que fueran compatibles con su situación administrativa (las derivadas por contingencias profesionales) y negando expresamente la prestación por desempleo a quienes carecen de autorización de residencia y trabajo. Así el artículo 36 dispone que: «5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por des-

empleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 27 de mayo de 2009.

Procedimiento: Recurso de Suplicación 2192/2009.

Ponente: Dña. Rosario García Álvarez.

Voz: Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena desde situación de residencia comunitaria: legitimación para solicitar la autorización.

Resumen: «SEGUNDO.–La situación de hecho es la siguiente: la demandante es una ciudadana extranjera que en el momento de su contratación estaba amparada por el RD 240/2007 de 16 de febrero de 2007, concretamente como descendiente de ciudadano europeo, bien directo o bien descendiente de cónyuge de ciudadano europeo y menor de 21 años. Posteriormente, cuando cumple los 21 años, la empresa extingue su contrato alegando la existencia de alguna posible irregularidad en su permiso de trabajo, que había expirado. La actora reclama por despido y su demanda se estima, declarándose la improcedencia, al entender la Juez de instancia que es la empresa la obligada y legitimada para solicitar la autorización de trabajo, que hasta ese momento no había necesitado la demandante. Al no hacerlo, ha incurrido en una causa ilícita de extinción del contrato de trabajo.

Permiso de trabajo

A entender del recurrente, la consecuencia que se deriva del artículo 96.5 del RD 2393/2004 es que, una vez expirada la autorización a que el mismo se refiere es el propio trabajador el que debe solicitar su autorización, no el empresario, como entiende la sentencia aplicando el artículo 96.1 como si el trabajador nunca hubiese tenido autorización para trabajar en España. En su opinión, el artículo 96.1 citado es una norma general que no puede equipararse ni aplicarse a las situaciones especiales que se regulan en los apartados siguientes del mismo precepto.

De lo anterior se colige que la cuestión a dilucidar es determina quién tiene la obligación de solicitar la autorización, el empresario o el trabajador, en el caso de un trabajador descendiente de ciudadano europeo, bien directo o bien descendiente de cónyuge de ciudadano europeo contratado cuando es menor de 21 años y que cumple esta edad durante la vigencia del contrato.

Las posibilidades de acceso al mercado laboral de un ciudadano en las anteriores condiciones vienen reguladas en el artículo 3 del RD 240/2007, y pueden ser resumidas de la siguiente forma: si tienen menos de 21 años (y más de 16) pueden trabajar en las mismas condiciones que un español (supuesto de la demandante hasta que cumplió esa edad). Si tienen más de 21 años estarán “a cargo”, porque éste es el requisito esencial para permitir la entrada y permanencia de los descendientes mayores de 21 años en España. En esta situación, hay dos posibilidades: a) que en el trabajo que pretendan realizar los ingresos obtenidos no tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o sea por un período inferior a tres meses en cómputo anual. En este caso pueden trabajar en igualdad de condiciones con los españoles; b) que quieran trabajar a tiempo completo en cuyo caso dejarán de estar “a cargo” y pasarán del régimen comunitario al de extranjería a través del artículo 96.5 Reg. LOE.

En efecto, es esencial no obviar que son nacionales de terceros Estados, a los que se les ha aplicado el

régimen comunitario por reunir los requisitos exigidos por la norma: tener menos de 21 años o bien, tener más de 21 años y estar “a cargo”. En el momento en que no cumplan alguna de estas exigencias ya no tendrán el derecho de libre circulación derivado y habrá que aplicarles el régimen general de extranjería.

En consecuencia, este régimen general es el del artículo 96.5 de la LO. Este precepto permite conseguir una autorización de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado. Además, se computa el tiempo de residencia en España bajo el régimen comunitario para conceder un tipo u otro de autorización (inicial, primera renovación, segunda renovación o residencia permanente). A esto, precisamente, se refiere el precepto cuando expresa “... en función de la duración de la autorización anterior de la que fuera titular”.

Ahora bien, este precepto no establece como el recurrente pretende que el sujeto legitimado sea el trabajador, sino que se limita simplemente a suavizar el régimen del núm. 1 del artículo 96, al eliminar la exigencia de visado y computar el tiempo de residencia para conceder la autorización que corresponda que, en el caso que examinamos, habrá de solicitarse conforme establece el citado núm. 1, siendo sujeto legitimado y obligado el empresario para que se pueda acceder a la situación de trabajo por cuenta ajena, como el propio artículo establece. El artículo 96.1 es, por tanto, la norma general de aplicación a todos los supuestos con los matices y exigencias que se establecen en los números siguientes pero que, a nuestro entender, no eliminan la legitimación del empresario para solicitar la inicial autorización para trabajar por cuenta ajena del trabajador que, como la demandante, ha dejado de estar “a cargo”.

Lógica consecuencia de lo expuesto es que la extinción operada, al no estar amparada por causa legal, constituye un acto de despido, en el que no influye la posterior denegación de la autorización y ello por las propias razones que se contienen en la

Permiso de trabajo

sentencia, que se confirma, al no haber incurrido en infracción alguna, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 202 y 233 de la LPL».

NOTA: los lectores de esta Revista puede resultarles extraño que se incluya en la voz «Permiso de trabajo» un pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sin embargo, entendemos que la sentencia que ahora se reseña contiene una interpretación digna de comentar, pues al hilo de una reclamación judicial por despido improcedente, el Tribunal proporciona una interpretación a una cuestión procedimental relativa a la autorización administrativa de residencia y trabajo desde una situación previa de residencia.

El supuesto de hecho no presenta dificultades de comprensión. La demandante, trabajadora de nacionalidad colombiana que ostentaba la condición de comunitario por ser descendiente directo de un ciudadano europeo, comienza a prestar servicios para la empresa demandada desde el día 7 de mayo de 2007, cuando todavía era menor de 21 años. El 31 de enero de 2008 la empresa le entrega una carta de despido, argumentando que ha tenido conocimiento de una posible «irregularidad en el permiso de trabajo», y que ha requerido a la trabajadora que acredite que éste se encontraba en vigor. Entendiendo que el «permiso de trabajo» había expirado, sin que la trabajadora diera explicación o noticia de cuál era su situación administrativa. La empresa considera que la relación laboral se ha extinguido y que el contrato de trabajo desde entonces es nulo. Lo cierto es que la trabajadora cumplía los 21 años en septiembre de 2007, y hasta ese momento era titular de una autorización de residencia como descendiente directo de un ciudadano comunitario, que le permitía trabajar en igualdad de condiciones de los españoles.

Inmediatamente después de conocer la comunicación de despido, la trabajadora presentó la solicitud de autorización de trabajo, que fue denegada.

Presentada demanda por despido ante el Juzgado de lo Social, se estima declarando improcedente el despido, al entender el juzgador de instancia que es la empresa la obligada y legitimada para solicitar la autorización de trabajo y, al no hacerlo, ha incurrido en una causa ilícita de extinción del contrato de trabajo. Contra dicha Sentencia, la empresa presenta recurso de suplicación.

El artículo 96 del Reglamento de Extranjería, RD 2393/2004, regula el tránsito desde la situación de residencia a la de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, incluyendo en su número 1, la exigencia, con carácter general, de que el extranjero acredite que se encuentra en España durante, al menos, un año en situación de residencia legal. En este caso, y cuando pretenda acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena, es el empresario el sujeto legitimado para presentar la correspondiente solicitud. El mismo precepto, en los números siguientes, establece supuestos especiales, en los que se suavizan los requisitos generales, para los casos en que el extranjero gozara de residencia con anterioridad, al haberse acogido a un proceso de reagrupación familiar previa, y en que el extranjero hubiera perdido la condición de ciudadano comunitario o de familiar del mismo. En estas circunstancias especiales, la norma guarda silencio respecto a quien es el legitimado para solicitar la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Tanto en instancia como en suplicación, se entiende que el régimen especial previsto para aquellos que pierden su condición de comunitario, regulado en el número 5 del artículo 96, tan sólo se limita a suavizar el régimen general, al eliminar la exigencia de visado y computar el tiempo de residencia para la concesión de la autorización administrativa, pero no elimina la legitimación del empresario para solicitar la autorización para trabajar por cuenta ajena.

Nos encontramos de nuevo ante un supuesto de laguna legal, en este caso procedimental, que debe ser integrada por los tribunales. Es cierto que una inter-

Derecho penal

pretación sistemática del Título IX del Reglamento de Extranjería, relativo a la «Modificación de las situaciones de los extranjeros en España», llevaría a compartir la interpretación llevada a cabo por el Tribunal, pues en otras circunstancias aparece el empleador como legitimado para presentar la correspondiente solicitud de autorización de actividades por cuenta ajena. En estas circunstancias el extranjero pretende incorporarse *ex novo* al mercado de trabajo. Por el contrario, el supuesto que estamos comentando reviste una especialidad, y es que el extranjero ya viene realizando una actividad laboral, por lo que, en puridad, no debería considerarse una autorización «inicial» y cabría entonces defender que el legitimado es el propio trabajador y no el empresario. Así ocurre, entre otros supuestos, cuando se trata de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales que lleve aparejada la habilitación para trabajar por cuenta ajena (artículo 98.2 Reglamento de Extranjería). Aunque las dos soluciones tendrían, en mayor o menor medida, apoyo legal, entendemos que dado que la residencia de ciudadano comunitario o familiar de ciudadano comunitario no comporta necesariamente la realización de actividades lucrativas, en aras a la seguridad jurídica debe adoptarse una solución uniforme, en el sentido de que en todos los supuestos contemplados en el artículo 96, y en ausencia de previsión legal expresa, el legitimado para presentar la solicitud de residencia y trabajo por cuenta ajena es el empresario, tal y como señala el número 1 del propio artículo 96.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga.

Fecha: 2 de enero de 2009.

Procedimiento: 55/2008.

Ponente: Don Mariano Santos Peñalever.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: ocultación y transporte subrepticio de un país a otro del súbdito extranjero.

Resumen: Se condena a los recurrentes como autores criminalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

«En el presente caso no existe duda alguna de que la persona que pretendía ser introducida en territorio español, Azedini Tadmiri carecía al tiempo de los hechos de autorización administrativa para acceder a España, como admite la propia defensa y evidencia la documental por ella aportada consistente en la resolución administrativa otorgando con posterioridad a los hechos la reagrupación familiar de aquél con su padre, el acusado Pedro Enrique.

Del mismo modo, ha resultado acreditado de manera evidente que Juan Carlos intentaba sobrepasar de manera subrepticia la frontera entre Marruecos y España, al estar escondido en el interior del vehículo donde viajaba en la parte posterior del habitáculo destinado a pasajeros, tumbado en el suelo y oculto por una manta. Circunstancia que relatan los testigos guardias civiles que personalmente vieron al menor oculto debajo de la manta cuando levantaron la misma, reitera, aun cuando ofrezca distinta explicación, la testigo propuesta por la defensa, y reconoce, no sin contradictorias explicaciones, el acusado Clemente.

(...).

Pues bien, la admisión por los acusados de tener conciencia de la carencia por Juan Carlos de la autorización legal para acceder a territorio español debe considerarse cierta en base a la íntima relación de parentesco entre ellos existente, padre y tío carnal respectivamente de aquél; a su propio conocimiento de la necesidad de precisar de la correspondiente autorización de las autoridades competentes para desplazarse a España desde Marruecos, dada su condición de súbditos con residencia legal en terri-

Derecho penal

torio español, lo que conlleva haber tramitado los oportunos permisos administrativos; y, finalmente la comunicación oficial por agente de la autoridad a Pedro Enrique de la carencia de su hijo de la documentación habilitante para entrar en España acompañada del rechazo fronterizo del menor, evento que según Pedro Enrique transmitió al otro coacusado y que así es reconocido por éste.

(...).

De lo expuesto se desprende el acuerdo de los acusados de intentar introducir subrepticamente a Juan Carlos en territorio español. Sólo desde esta perspectiva se explica que, Pedro Enrique, padre del Juan Carlos, que en ese tiempo tenía once años de edad, después de que fuera rechazada la entrada de su hijo en territorio español, cuando conjuntamente lo intentaban hacerlo a pie, y, conocedor de los requisitos administrativos y consecuencias de la falta de los mismos con relación a la entrada en España, conocimiento lógico derivado de su condición de súbdito marroquí con residencia legal en España, en vez de desistir de introducirse en territorio español para dar acomodo a su hijo en su lugar de procedencia, situado en la provincia marroquí de Nador, vecina geográficamente de Melilla, vuelve hacia la frontera marroquí, dejando al menor en el interior del coche de su hermano, que en esos momentos se encontraba en la frontera para introducirse en Melilla, en unión de su familia, y opta por acceder nuevamente andando a territorio español a sabiendas de conseguir tal fin al ser titular de la documentación administrativa habilitante para ello. Por su parte, Clemente, hermano de Pedro Enrique e igualmente súbdito marroquí con permiso de residencia en España, advertido por el propio Pedro Enrique que Juan Carlos había sido rechazado en la frontera por no reunir los requisitos administrativos necesarios, acepta en su coche a Juan Carlos, y continúa su marcha desde el control fronterizo marroquí al español, introduciéndose en la frontera española sabedor de que aquél carecía de la documentación necesaria para ello. De este

modo, Clemente, dada su condición de súbdito marroquí con residencia legal en España, era consciente de haber accedido a territorio español con su sobrino careciendo de la autorización administrativa correspondiente, y, por tanto de que lo estaba introduciendo ilegalmente. En efecto si el acusado pretendía acceder a territorio español a bordo de su vehículo por el paso fronterizo de Beni-Enzar, si instantes antes de hacerlo su hermano le comunica que han rechazado la entrada en España de su hijo Juan Carlos, y al tiempo que deja en el interior del coche a éste, es notorio que si Clemente se introduce en territorio español lo hace con conocimiento de que está facilitando la entrada ilegal en España de Juan Carlos. Lo que hubiera podido evitar no accediendo a territorio español, bien deteniendo el vehículo en el paso fronterizo antes de llegar a España, bien bajando a su sobrino del coche en condiciones no perjudiciales para el mismo, esto es en compañía de su propia esposa o cualquier conocido. Por último, su aquiescencia a la ocultación de su sobrino se evidencia de lo expuesto, consciencia de la ilegalidad de su introducción en territorio español, en relación con su resistencia a descubrir la sábana que escondía a éste.

Del indicado delito son criminalmente responsables en concepto de autores los acusados Clemente y Pedro Enrique, el primero al ejecutar por sí directamente el acto delictivo de introducción ilegal en territorio español de Juan Carlos; el segundo, por su acuerdo previo con aquél para la ejecución del hecho delictivo. En este sentido, como indica nuestra doctrina jurisprudencial, la coautoría conjunta definida en la nueva redacción del artículo 28 del Código Penal, no precisa para su apreciación que cada uno de los autores ejecute, por sí mismo, los actos integradores del núcleo del tipo, es decir, la ocultación y transporte subrepticio de un país a otro del súbdito extranjero, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores integrados en el proyecto común, entre los cuales deben ser incluidos determinados actos anteriores

Derecho penal

y coetáneos que no son por sí mismos no realizan materialmente el tipo, pero que forman parte de la cadena causal y tienen carácter decisivo, como el de planear la ejecución del delito».

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 15 de enero de 2009.

Recurso de Casación: 10806/2008.

Ponente: Don Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia.

Resumen: La Sala acuerda no haber lugar al recurso de casación formalizado por el recurrente quien, a cambio de una cantidad de dinero indeterminada o de alguna otra contraprestación valorable económicamente, intentaba alcanzar la península a bordo de la embarcación de su propiedad en la que viajaban cinco personas extranjeras que carecían de cualquier autorización o documentación para acceder a ella.

«De forma muy sucinta, expone el recurrente en su escrito que, habiendo negado en todo momento los hechos que se le atribuyen, haya existido prueba que acredite que “su intención al mando de la embarcación fuese la de transportar a las personas en cuyo interior se encontraban hasta la península, siendo la única intención del mismo la de realizar una excursión por los alrededores de Ceuta” (sic), como lo demuestra el hecho de que la nave no se encontrara en ningún punto del cual fuera posible deducir un ánimo de ocultación, estando toda la documentación en regla y hallándose los viajeros sobre la cubierta, a la vista de todo el mundo.

El derecho a la presunción de inocencia se vulnera cuando se condena a alguna persona sin pruebas o valiéndose de pruebas obtenidas ilícitamente. Por lo demás, la presunción de inocencia implica las siguientes consecuencias: a) Que inicialmente debe presumirse la inocencia de toda persona acusada, en tanto tal presunción –de naturaleza *iuris tan-*

tum– no haya sido desvirtuada; b) Que, en principio, únicamente pueden servir para desvirtuar dicha presunción las pruebas practicadas en el juicio oral, con las debidas garantías legales y constitucionales, bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción (artículo 120.1 y 2 de la CE); c) Que corresponde a las partes acusadoras la carga de la prueba (el acusado no tiene que probar su inocencia); d) Que la valoración de las pruebas es competencia propia y exclusiva del órgano jurisdiccional (artículos 117.3 de la CE y 741 LECrim); y e) Que el Juzgador deberá motivar suficientemente la sentencia (artículo 120.3 de la CE).

(...).

En el caso, se afirma en el relato fáctico que el día de autos el acusado fue interceptado a unos doscientos metros de la bocana del puerto deportivo de Ceuta por agentes del Servicio Marítimo de la Guardia Civil “cuando, a cambio de una cantidad de dinero indeterminada o de alguna otra contraprestación valorable económicamente, intentaba alcanzar la península a bordo de la embarcación de su propiedad (...), en la que viajaban cinco personas extranjeras que carecían de cualquier autorización o documentación para acceder a la misma, como era objetivo de todos ellos”.

No discute el recurrente el hecho en sí de la navegación en la forma relatada, ni el punto exacto de localización de la embarcación por los agentes, sino la inferencia a la que llegó la Sala *a quo* en lo atinente al conocimiento y voluntad del acusado, dirigidos a facilitar la entrada ilegal en territorio español de los individuos que transportaba en dicha embarcación, por él patroneada.

No obstante, el pormenorizado análisis que en los dos primeros fundamentos de la sentencia efectúa el Tribunal de instancia de cuantos datos quedaron acreditados en el juicio muestra con total claridad y rotundidad la presencia de dicho elemento in-

Derecho penal

tencional en la acción desplegada por quien hoy recurre.

En primer término, la Audiencia descarta la coartada del acusado –en el sentido de que había sido víctima de un “timo” por parte de los viajeros–, al quedar contradicha por las afirmaciones vertidas de contrario por estos últimos, cuyas manifestaciones en calidad de testigos ante el Juez instructor quedaron oportunamente documentadas (...) y fueron traídas al juicio oral con las debidas garantías, hallándose de regreso a su país de origen al tiempo del enjuiciamiento, por lo que no pudo contarse con su testimonio en dicho acto.

La Sala no sólo tiene en cuenta lo anómalo que resulta que dichos testigos se encontraran, todos ellos, indocumentados al tiempo de los hechos, sino también la mayor credibilidad que le merece la versión de éstos frente a la tesis exculpatoria del ahora recurrente, por las razones que expresa y que podemos resumir en: 1) Ausencia de narración previamente preparada; 2) Coincidencia en lo esencial, siendo su objetivo alcanzar la costa española; 3) Falta de vínculo previo y/o relación entre ellos; y 4) Corroboración de la versión de los extranjeros en puntos muy concretos mediante lo manifestado a su vez por los agentes actuantes».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

Fecha: 19 de febrero de 2009.

Procedimiento: 86/2008.

Ponente: Don José Luis Goizueta Adame.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina.

Resumen: Se condena a los acusados como autores criminalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; con la finalidad de introducir clandestinamente ciudadanos extranjeros en territorio español, patronearon una embarcación tipo cayuco, con

62 inmigrantes a bordo de los cuales cuatro resultaron ser menores de edad, todos indocumentados y que habían pagado previamente diversas cantidades de dinero.

«Sobre las 6:30 horas del día 1 de julio de 2008, los acusados Rogelio, mayor de edad y sin antecedentes penales, Isidro, mayor de edad, y sin antecedentes penales, Eusebio, mayor de edad y sin antecedentes penales, Juan Carlos mayor de edad y sin antecedentes penales, y José Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, valiéndose de sus conocimientos de navegación, y con la finalidad de introducir clandestinamente ciudadanos extranjeros en territorio español, patronearon una embarcación tipo cayuco, hasta el Puerto de Mogán (Las Palmas), con 62 inmigrantes a bordo de los cuales cuatro resultaron ser menores de edad, todos indocumentados y que habían pagado previamente diversas cantidades de dinero antes de partir desde Nouadhibou. Los acusados, eran los encargados del motor, de turnarse en el manejo del timón, así como en el reparto de la comida y el agua. El acusado Juan Carlos, era además el encargado de mantener el rumbo a través del GPS que portaba.

La referida embarcación empleada en las costas mauritanas para la pesca de bajura, totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía desde el continente africano hasta las Islas Canarias, carecía de las mínimas condiciones de seguridad, de algún instrumento que sirviera para comunicarse con el exterior en caso necesario, así como de chalecos salvavidas para todos los viajeros o cualquier otro elemento que permitiera prevenir cualquier contingencia que pudiera presentarse.

(...).

De las circunstancias recogidas en el anterior precepto, entendemos que en el caso de autos concurren dos de ellas, la núm. 3, en cuanto que el tráfico ilegal de personas de origen subsahariano, se realiza abusando de la vulnerabilidad de las víctimas, pues se trata de personas que tratan por todos los medios

Derecho penal

de salir de sus países de origen ante la situación angustiosa en la que viven, sin medios para subsistir, como es sobradamente conocido. Asimismo consta que cada inmigrante abonó una cantidad de dinero indeterminada, tal y como declararon algunos de ellos como prueba anticipada, por la travesía, lo que de por sí implica el ánimo de lucro de aquellos responsables del penoso viaje. De igual modo, obra en las actuaciones una descripción de la embarcación, tratándose de un cayuco de madera de estructura muy frágil y carente de todo tipo de medidas de seguridad, lo que implica que realizar en una embarcación de ese tipo una travesía desde las costas africanas a las canarias, viajando en la misma nada menos que sesenta y dos personas, entre las que además se encontraban cuatro menores, es poner en peligro la vida e integridad de las mismas, tal y como lamentablemente ha quedado demostrado en muchos casos, en el que perecieron sus ocupantes».

(...).

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 19 de febrero de 2009.

Recurso de Casación: 10894/2008.

Ponente: Don Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia.

Resumen: Se declara no haber lugar a la admisión del recurso formalizado por los recurrentes.

«Alegan los recurrentes, en esencia, que la sentencia combatida no ha valorado en su conjunto la prueba practicada, sin explicar adecuadamente el iter deductivo seguido por el Tribunal hasta llegar al fallo condenatorio, pese a haber negado en todo momento los acusados tal condición de patrones de la embarcación que les atribuye el Juzgador, siendo en cambio meros pasajeros de la misma.

Esta Sala ha venido configurando tal derecho fundamental, en cuanto regla de juicio, como derecho

a no ser condenado sin que existan pruebas de cargo válidas (...). Y tal enunciado lo ha desglosado en las siguientes concretas exigencias: a) Que ha de concurrir una mínima actividad probatoria, de manera que se constate la condena se base en pruebas de cargo, suficientes y decisivas; b) Que su desarrollo, obtención y práctica se efectúe con las garantías necesarias, y que sea practicada normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; c) Que, por lo que se refiere al objeto de la prueba así aportada, se abarquen todos los elementos esenciales del tipo delictivo, tanto los objetivos como los subjetivos; d) Que de la misma puedan desprenderse de forma razonable los hechos y la participación en ellos del acusado; y e) Que idoneidad incriminatoria de la prueba asumida debe ser no sólo apreciada por el Juez, sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entrañará la lesión de aquel derecho (...).

No discuten los recurrentes encontrarse a bordo de la embarcación que trataba de arribar a las costas españolas, como tampoco las características de la misma (barcaza de madera, conocida como “cayuco”, carente de instrumentos de navegación, de material salvavidas y hasta de suficiente combustible), el número de personas que iban a bordo en condiciones de hacinamiento (con claro riesgo vital para todos los ocupantes), la finalidad de alcanzar la isla de Tenerife y de entrar ilegalmente en España, y la forma en que fueron descubiertos y rescatados en alta mar por el equipo de salvamento marítimo.

(...).

Así, el Tribunal tiene en cuenta que, aunque los acusados negaron en la vista oral ser quienes patroneaban el cayuco, por el contrario habían admitido previamente tal condición en sede policial, que algunos de ellos ratificaron en sede instructora, aclarando incluso seis de los acusados cómo fueron

Derecho penal

contratados por el acusado Juan Carlos para traer el cayuco a cambio de no abonar nada por el viaje, describiendo todos ellos de modo coincidente los turnos establecidos entre los siete patrones para dirigir la embarcación, por períodos de cuatro horas. Por su parte, el Tribunal también valora que el propio Juan Carlos admitió (en sede policial e instructora) su condición de mando de la embarcación, reflejando como contraprestación la percepción de 500.000 francos, que habrían de pagarle los familiares de los inmigrantes.

A la vista de dichas razones, la Sala de procedencia se decanta por conceder mayor credibilidad a las declaraciones sumariales de todos ellos, máxime resultando difícilmente creíbles sus manifestaciones exculpatorias en el juicio, tales como que pasaron todo el trayecto mareados, sin recordar a los verdaderos patrones de la embarcación, pese a estar a bordo durante nueve o diez días, como tampoco el rescate de salvamento.

(...).

A mayor abundamiento, el Tribunal tiene en cuenta lo sorprendente que resulta, dada su dilatada experiencia en casos como el examinado, que Juan Carlos, considerado por los restantes tripulantes como el “capitán”, al cual ya le constaba expediente sancionador anterior por infracción de la Ley de Extranjería, ello no obstante viajara con pasaporte, lo que se contradice con una intención de permanecer ilegalmente en España, pues lo frecuente es que los inmigrantes viajen indocumentados para dificultar de este modo su expulsión y retorno al país de origen, por lo que *sensu contrario* lo que realmente habría de pretender este acusado es regresar inmediatamente a su país para reanudar tales labores de inmigración clandestina, que la Sala considera su verdadera profesión, en la medida en que los demás acusados coincidieron en señalarlo como el individuo que les contrató».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 11 de abril de 2009.

Recurso de Casación: 629/2008.

Ponente: Don Carlos Granados Pérez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: conducta delictiva. Atenuante.

Resumen: Se declara haber lugar parcialmente al recurso interpuesto por el recurrente; acogimiento para su inmigración a España de un súbdito chino del que decía ser su madre cuando eso no era cierto.

«Se niega que la recurrente sea autora del delito por el que ha sido condenada en la instancia alegándose que fueron otras las personas que alteraron la documentación para acreditar la relación de filiación, sin que exista una realización conjunta del hecho descrito en la norma.

El motivo no puede ser estimado.

Se declara probado, declaración que debe ser respetada dado el cauce procesal esgrimido, que la recurrente presentó ante la Subdelegación de Gobierno de Barcelona el modelo oficial solicitando el acogimiento por razones familiares del ciudadano –chino como ella– Gabriel, del que decía ser su madre sin que lo fuese. A la solicitud adjuntaba documentación alterada para acreditar tal relación de filiación que le había sido proporcionada por persona no identificada.

Esa conducta se subsume, sin duda, en el delito tipificado en el artículo 318 bis.1 del Código Penal, que castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España.

En el tipo objetivo de esta figura delictiva, la primera de sus modalidades es la de promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución, y tiene declarado esta Sala, como es expone la Sentencia 1059/2005, de 28 de septiembre, que está incluida en esa conducta típica cualquier

Derecho penal

acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad. A ello hay que añadir que el modo más frecuente de comisión, como sucede en este caso, es el del movimiento de personas desde el extranjero a España. Por otra parte, al incluirse en el tipo básico los términos “directa o indirectamente” el legislador ha querido también integrar en el tipo aquello comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina.

Y ese tráfico, entendido como traslado de personas, ha de ser ilegal, esto es, que se produzca al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, habiendo señalado las Sentencias de esta Sala 59/2006, de 19 de enero, y 284/2006, de 6 de marzo, que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación de extranjería.

(...).

Pues bien, la doctrina que se acaba de dejar expresada es perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa ya que la recurrente, con fraude, utilizando documentación falsa y, por consiguiente, de forma ilícita, solicitó el acogimiento para su inmigración a España de un súbdito chino del que decía ser su madre cuando eso no era cierto, siendo irrelevante el hecho de que no se hubiese acreditado que fuese la recurrente la autora de la falsificación de la documentación.

El motivo debe ser desestimado.

(...).

Se alega que el Tribunal de instancia debió imponer la pena inferior en grado atendida la gravedad del

hecho y las circunstancias y condiciones de la recurrente y la finalidad perseguida.

El motivo debe ser estimado.

El número 6.º del artículo 318 bis del Código Penal recoge un tipo atenuado en el que se valorará la gravedad del hecho y sus circunstancias así como las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste. Se otorga, pues, al juzgador un mecanismo de corrección de la pena cuando la aplicación estricta pueda quebrantar el principio de proporcionalidad en el caso concreto, en atención a sus circunstancias específicas.

Y lo cierto es que el Tribunal de instancia aprecia, en este caso y en relación a la acusada, esas especiales circunstancias que atenúan su culpabilidad, ya que expresamente se declara, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, que el mínimo legal impuesto supone una pena ciertamente grave en este supuesto en el que únicamente consta que se haya actuado ilícitamente respecto a una única persona y no existe constancia de que la acusada forme parte de una organización dedicada al tráfico ilícito de ciudadanos extranjeros.

Así las cosas, procede apreciar el tipo atenuado, considerándose adecuada y proporcionada a las circunstancias personales de la acusada y a la gravedad del hecho una pena de dos años de prisión».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de abril de 2009.

Recurso de Casación: 2201/2008.

Ponente: Don Juan Saavedra Ruiz.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: facilitar la entrada en España a ciudadano de origen asiático.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso formalizado por el recurrente, quien fue condenado como autor de

Derecho penal

un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por haber conducido el vehículo de su propiedad para entrar en Melilla procedente de Marruecos llevando oculto en el interior de su vehículo en un habitáculo de reducidas dimensiones y escasa ventilación, practicado tras el asiento trasero, en el lugar del depósito de combustible, a un individuo de rasgos asiáticos que carecía de la documentación necesaria para acceder a España, transitar por territorio español ni establecerse en él ni en otro país de la UE.

«Ofrece el recurrente a lo largo de su exposición sus argumentos para explicar y rebatir uno por uno los indicios por los que, como dice, el Tribunal ha condenado al acusado, siendo que no existe ningún dato objetivo que los preceda. Y tras ofrecer su justificación conforme a la interpretación que hace de las pruebas practicadas añade que no se ha valorado, en cambio, en su justa medida la declaración del inmigrante y de dos de los testigos. La referida falta de otros datos o circunstancias externas que avalen los indicios impide la enervación de la presunción de inocencia.

La doctrina de esta Sala sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia alcanza a los supuestos en los que hay una total ausencia de prueba y a los casos en los que no ha existido un mínimo en la actividad probatoria de cargo razonablemente suficiente. De esta manera, es revisable únicamente en casación la estructura racional consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos. Quedan fuera de la casación las circunstancias derivadas del principio de inmediación por parte del Tribunal de instancia (STS de 4 de diciembre de 2007).

En el caso de autos el recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros porque, a tenor del hecho probado, conduciendo el vehículo de su propiedad entró en Melilla procedente de Marruecos llevando oculto en el interior de su vehículo en un habitáculo de reducidas dimensiones y escasa ventilación, practicado tras el asiento trasero, en el lugar del

depósito de combustible, a un individuo de rasgos asiáticos que carecía de la documentación necesaria para acceder a España, transitar por territorio español ni establecerse en él ni en otro país de la UE.

Y es que tales hechos se acreditan como expone la sentencia recurrida “meridianamente” mediante la prueba practicada en juicio oral, singularmente su propia declaración puesta en relación con la testifical y documental; de estas pruebas se concluye que: –el acusado era conductor y propietario del vehículo lo que, entre otras cosas, como razona la Sala le permitía conocer o percibir si en el mismo se había llevado a cabo alguna modificación; –según manifestaron los Guardias Civiles el vehículo desprendía un fuerte olor a combustible mezclado con ambientador lo que les movió a inspeccionarlo pues les hizo sospechar alguna manipulación; –conforme reconoció el acusado, su amigo Marcos, que viajaba en el coche con él, le dijo que oía ruidos, y es indiscutible que como razona la Sala la explicación del acusado de que creyó que era una broma no es admisible porque, entre otras cosas, tales ruidos cabe pensar en pura lógica que pudieron ser oídos por el acusado dado el reducido espacio en que todos se encontraban; –el acusado venía de Marruecos, siendo su explicación de tal hecho (lo prestó a un amigo en Melilla pero tuvo que ir a recogerlo a Marruecos) injustificada a juicio del Tribunal, por las razones que la sentencia fundamentadamente expone; –el acusado llegó al puesto fronterizo conduciendo otro coche y lo dejó aparcado para entrar a pie en Marruecos, y la sentencia muestra de forma impecable lo infundado de la explicación dada para ello por el acusado y la falta de justificación –según los testimonios de sus propios acompañantes– de la explicación ofrecida al ser preguntado sobre cómo pensaba volver con los dos vehículos. Las explicaciones del mismo resultan inconsistentes y su razonamiento para justificar la trayectoria de su viaje es inexplicable e ilógico como se constata con la lectura del análisis que la Sala hace sobre tales manifestaciones. Tales indicios no pueden ser analizados aisladamente, como hace el recurrente, sino

Homologación

que deben considerarse los unos en función de los otros, y de su conjunto deducirse una conclusión lógica y razonable conforme a las reglas o máximas de experiencia atendida la realidad social presente. La alcanzada por el Tribunal de instancia lo es.

En conclusión, existe prueba lícita e incriminatoria que acredita la directa participación del recurrente en los hechos como la persona que transportaba al oculto viajero, y en consecuencia la que promovía, facilitaba o favorecía su inmigración ilegal. Se añade a ello la irracionalidad de otra explicación para la ocultación en la forma indicada y sin el conocimiento del conductor de quien va a depender el éxito del viaje y la propia integridad física hasta poder salir de nuevo del escondite. Sin que quepa pensar que el acusado permaneciera impasible conduciendo su vehículo cuando éste desprendía el olor indicado y su acompañante le advertía de la existencia de ruidos. Salvo que aquél conociese la causa de todo ello.

En definitiva el Tribunal *a quo* ha dispuesto de una prueba suficiente sobre una serie de datos fácticos jurídicamente relevantes para el debido enjuiciamiento de los hechos que han motivado la incoación de esta causa, no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado racionalmente las pruebas practicadas para concluir que el recurrente es responsable de tales hechos».

HOMOLOGACIÓN

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 29 de enero de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 699/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación: médico especialista en pediatría. Cuba.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se resuelve dejar en suspenso la resolución del expediente de homologación del Título de Médico Especialista de Primer Grado en Pediatría, expedido en Cuba, al correspondiente título de médico especialista español hasta que se acredite la superación de la prueba teórico-práctica.

«Resumidamente, en la demanda, pese a reconocer una duración del período formativo del Título de Pediatra en Cuba de tres años, se afirma que sus contenidos son los mismos e incluso superiores que los que se exigen en España, y por ello la existencia de plena equivalencia entre ambas titulaciones y que la Comisión en sus dictámenes debe valorar la preparación y no el tiempo invertido en la misma, debiendo valorar la identidad de contenidos. Se desarrolla argumentalmente la identidad de contenidos entre ambas titulaciones y en cuando a la duración del período formativo se entiende que el cuarto año queda suplido con el Diploma obtenido en Cuidados Intensivos Pediátricos en la Escuela Nacional de Salud Pública, teniendo en cuenta el número de horas formativas, la cantidad de créditos académicos concedidos y los resultados docentes alcanzados por el diplomante.

(...).

En el caso de autos, el juicio de equivalencia, en duración y contenidos, que implica la homologación solicitada ya fue objeto de la oportuna apreciación técnica, en dos ocasiones (24 de mayo de 2005 y 3 de marzo de 2006), por parte de la Comisión Nacional de la especialidad, concluyéndose que en los estudios de especialización médica conducentes a la expedición del título cubano no existía equivalencia de duración con los requeridos en la formación española (3 años frente a 4).

Esta diferencia es asumida en su existencia, claramente, por la parte recurrente aunque pretende combatirla sobre la premisa de la mayor entidad de los contenidos formativos de su titulación cubana

Homologación

y la una formación posterior mediante la obtención de un Diploma en 2001 en “Terapia Intensiva en Pediatría” con 420 horas distribuidas en un año lectivo.

(...).

El programa formativo que desencadena la expedición a favor del actor título de médico pediatra cubano fue valorado por la Comisión Nacional de la Especialidad como insuficiente en duración ya que no se cuestionó la equivalencia en contenidos pues se estimó que, existiendo diferencias en diversas áreas de conocimiento señalándose como las más destacadas las correspondientes a la pediatría social y legislación sanitaria, dichas deficiencias se consideran como no esenciales, lo que determina, que este criterio no puede variar por la existencia de formación posterior que pudiera ser obtenida ya que la misma no incide ni en la duración del programa formativo que desencadenó la expedición del título que nos ocupa ni en la equivalencia de sus contenidos, equivalencia de contenidos que ni se cuestionó ni se cuestiona, y por ello es más que evidente que la concreta falta de equivalencia en duración impedía e impide la homologación directa.»

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 29 de enero de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 717/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación: título escocés de Ingeniero el español de Ingeniero de caminos, canales y puertos. Dictamen desfavorable del Consejo de Coordinación Universitaria.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se deniega la solicitud de homologación del título de Bachelor of Science Environmental Civil Engineering obtenido en la Glasgow Caledonian University (UK) al título español de Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos.

«En lo que atañe al caso de autos, en cuanto a la duración, la recurrente defiende haber cursado una licenciatura de 4 años, sobre la base de que le fueron convalidados por la Universidad extranjera dos cursos de perito realizados en la Universidad de Oviedo y de ahí que entrase a realizar directamente el tercer curso de la licenciatura en Escocia. Se afirma que es totalmente inmotivada la afirmación del órgano técnico de que la carga académica global de su titulación es de 253 créditos ya que una licenciatura escocesa abarca un mínimo de tres años de estudios, cada nivel consta al menos de seis módulos y a cada módulo se le asignan generalmente 20 créditos, por lo que una licenciatura escocesa abarca un mínimo de 360 créditos y además ella se vio beneficiada por la convalidación de sus estudios de Ingeniería Técnica lo que le coloca al menos en 240 puntos.

El Real Decreto 1425/1991, de 30 de agosto, por el que se establece el título universitario oficial de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos y las directrices generales propias de los Planes de Estudios conducentes a la obtención de aquel, articula el programa formativo en dos ciclos, de primer y segundo ciclo, con una duración total de entre cuatro y cinco años, y una duración por ciclo de, al menos, dos años. La carga lectiva global prevista, en ningún caso será inferior a 300 créditos En ningún caso el mínimo de créditos de cada ciclo será inferior a 120 créditos.

La recurrente comenzó sus estudios en Escocia en septiembre de 2002 y tal y como demuestra la certificación académica, expedida al efecto por la Glasgow Caledonian University, en la universidad extranjera completó dos cursos (hasta mayo de 2004) con un total de créditos de 240. La certificación académica expedida por la Universidad de Oviedo pone de relieve que cuando la recurrente se marchó a Escocia –septiembre de 2002– no tenía aprobados en su integridad los dos primeros cursos del peritaje en mecánica, ya que algunas asignaturas de segundo curso no aparecen aprobadas hasta

Homologación

la convocatoria de febrero del curso 2003/2004. Precisamente los estudios que realizó en Escocia le sirvieron para completar, por equivalencia, su formación en España como Ingeniero Técnico Industrial, rama de mecánica. En la certificación académica de la Universidad de Oviedo, claramente, se especifican las asignaturas (aparecen numeradas y con letra) que se entendieron cursadas por las equivalentes dentro del programa de intercambio que había entre la Universidad española y la escocesa. Por tanto no es cierto que durante los cursos 2002/2003 y 2003/2004 la recurrente cursara una duplicidad de estudios sino que simplemente cursó estudios en una Universidad escocesa, estudios que le sirvieron, dentro de un convenio entre universidades, para, por vía de convalidación, completar su peritaje español. Con la pretendida homologación del título escocés al español de Ingeniería de Caminos Canales y Puertos nos encontraríamos ante el hecho de que unos mismos estudios servirían para la obtención de dos títulos españoles distintos y de diverso nivel – ingeniería técnica y superior. De esta manera es más que evidente que lo pretendido por la actora contraviene frontalmente la prohibición contenida en el artículo 5.1.c) del RD 285/2004 cuando establece que no podrá concederse la homologación de títulos obtenidos conforme a sistemas educativos extranjeros respecto de los títulos que hayan sido ya homologados en España, o los estudios superados para su obtención que hayan sido ya objeto de convalidación para continuar estudios en España.

Además, el informe del Comité Técnico de Tecnologías de la Construcción Civil, de la Edificación y de la Información y de las Telecomunicaciones, expresamente recoge, al margen de la duración, unas carencias formativas de contenidos del 50% respecto de la titulación española pretendida con indicación de las asignaturas troncales que no han sido cursadas y de las que se entienden cursadas parcialmente. El que dicho informe considerara que la actora no acredita experiencia profesional, desconociendo el tiempo trabajado como Ingeniera

Civil en Amey Infraestructuras Services (febrero de 2004 hasta septiembre de 2005) y en Duffill Watts & (...). La experiencia profesional posterior a la expedición del título extranjero no es uno de los elementos a tener en cuenta como criterio de homologación y sin olvidar que el juicio de equivalencia recae únicamente sobre la formación adquirida por el alumno para la obtención del título extranjero (...). En el presente caso tal es la entidad de las carencias formativas que ni siquiera se suscitó la posibilidad de la superación de una formación complementaria (...).

Por todo ello la demanda ha de desestimarse».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 19 de febrero de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 486/2007.

Ponente: Don Diego Cordoba Castroverde.

Voz: Homologación: Administración y Dirección de Empresas. Reino Unido.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la homologación del título de «Bachelor of Arts in Business Administration» obtenido en University of Wales (Reino Unido) al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas.

«La resolución impugnada se funda en el artículo 5.2.b) del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, y ello habida cuenta que el centro en que se realizaron los estudios (Know How Business College de Bilbao), entre los años académicos 1993-1994 y 1996-1997 en los que el recurrente cursó parte de sus estudios, no contaba con la preceptiva autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de un título universitario extranjero conforme al Real Decreto 557/1991.

Homologación

El recurrente, considera que si bien el centro no contaba con la autorización precepto durante parte de los estudios no puede denegarse la homologación solicitada respecto de unos estudios que le han proporcionado un título académico válido en la Unión Europea. Alega también que la resolución administrativa vulnera la Directiva comunitaria 89/48/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas transpuesto por el RD 1665/1991; es contraria a la doctrina sostenida en la sentencia de 8 de julio de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas recaídas en el asunto C-234/97; es contraria al principio de igualdad, al dispensar un trato distinto en lo referente a la homologación del título obtenido en esta misma universidad, dependiendo de en que Comunidad Autónoma esté radicado el centro y de si se ha concedido o no la autorización administrativa, así como a los estudiantes del mismo centro dependiendo del año en que cursaron sus estudios.

(...).

A los efectos de proceder a un adecuado enfoque de la cuestión planteada es necesario precisar que el procedimiento instado por el demandante en el Ministerio de Educación fue el de homologación de su título, que se rige actualmente por el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, y no el de reconocimiento de dicho título a efectos de ejercicio profesional, conceptos utilizados indistintamente en la demanda, que es objeto de una regulación diferente derivada de diversas Directivas comunitarias, como la 89/48/CEE, incorporada al derecho español por el Real Decreto 1665/1991 u otras referidas a profesiones específicas, y está sujeto a un procedimiento también distinto, por lo que sus alegaciones tendentes al reconocimiento de su titulación a efectos del ejercicio profesional en el ámbito de la Unión Europea, sobre la base del derecho a la libertad de circulación y establecimiento, reconocido por el derecho comunitario europeo, no tienen encaje en el presente recurso, que tiene su origen en la solicitud mencionada, en que se pretende la

homologación. Por ello no puede hablarse de infracción de las normas de derecho comunitario citadas en la demanda, de aplicación en el procedimiento de reconocimiento a efectos de ejercicio profesional, pero no en el de homologación objeto del recurso.

En las citadas sentencias se afirmaba que la diferenciación entre el reconocimiento de títulos a efectos del ejercicio profesional y la homologación de títulos académicos de educación superior, resulta fundamental para una correcta solución de los numerosos recursos sometidos a conocimiento de esta Sala en que con frecuencia se mezclan y confunden ambas categorías pues, si lo que se pretende es el ejercicio de una concreta profesión para la que habilita el título extranjero en el país que le otorga carácter oficial, aunque los estudios realizados para su obtención hayan sido realizados en España cuente o no el centro con la pertinente autorización administrativa, habrá de acudir al procedimiento previsto para tal reconocimiento en función de la profesión de que se trate y no al de homologación, que tiene un contenido y un alcance distinto pues su objeto es la equiparación o asimilación del título al español correspondiente, con independencia del ejercicio profesional al que aquél vaya ligado. Así el reconocimiento profesional tiende a facilitar el ejercicio de las libertades consagradas en el derecho comunitario europeo, como la de establecimiento y prestación de servicios, en el ámbito de la Unión Europea, y se rige por las normas de derecho comunitario originario y derivado incorporadas al ordenamiento interno, en su caso, por las normas nacionales, como ocurre en España con el Real Decreto 1665/1991 que incorpora la Directiva 89/48/CEE, del Consejo, que han de respetar su contenido y finalidad, habilitando para el ejercicio de la práctica profesional regulada de que se trate, pero que no supone una equiparación o asimilación académica con títulos españoles; por su parte, la homologación de títulos académicos, está sometida a las normas del derecho interno de cada Estado y se basa en una comparación entre el contenido y du-

Homologación

ración de los estudios conducentes a la obtención de los respectivos títulos y se aplica tanto a los que pretendan la homologación de títulos expedidos en países pertenecientes a la Unión Europea, como a los de otros Estados. (...).

El artículo 86.3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre y en el artículo 5.2.b) del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, que excluyen del trámite de homologación o convalidación los títulos de educación superior correspondientes a estudios extranjeros, cuando tales estudios se hayan realizado total o parcialmente en España en centros que no cuenten con la preceptiva autorización administrativa, decisión que, en principio, se desprende de la literalidad de los preceptos mencionados, y ello una vez comprobado que el centro Know How Business College de Bilbao carecía de la autorización preceptiva ex Real Decreto 557/1991, circunstancia admitida por la parte actora».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 26 de febrero de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 337/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación: médico especialista en psiquiatría. Argentina.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se desestima la solicitud de la recurrente para que su título de Médico Especialista en Psiquiatría Infanto-Juvenil expedido por la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, sea homologado al título español de Médico Especialista en Psiquiatría.

«En la demanda se afirma la plena equivalencia entre el título argentino y el español, ya que la formación de la recurrente en psiquiatría del adulto es amplia y en muchos casos coincidente con la recibida para el paciente infanto-juvenil, ascendiendo su formación a 800 horas lectivas y la carencia de con-

tenidos respecto del programa formativo de la especialidad en España queda limitada a algún aspecto de formación administrativa pero no de carácter científico médico, siendo su formación específica relativa a la psiquiatría juvenil e infantil sumamente minuciosa y superando los contenidos exigidos en España. Además entiende que no se ha tenido en cuenta ni su ejercicio profesional ni el Master en psicoterapia realizado en la Universidad Autónoma de Madrid, con una duración de 500 horas, y con una formación referida básicamente al campo de la psicoterapia en el adulto.

Se reclama igualmente la homologación con base al Convenio Hispano-Argentino de 23 de marzo de 1971.

(...).

Pues bien, la regulación específica aplicable al supuesto que examinamos se contempla en la Orden de 14 de octubre de 1991, modificada por la Orden de 16 de octubre de 1996, disposición reglamentaria que, tras señalar en su exposición de motivos la habilitación normativa de la que trae causa, establece en su apartado primero la posibilidad de homologación de los títulos, diplomas o certificados de especialidades farmacéuticas o médicas, obtenidos en el extranjero, que acrediten a sus titulares para el ejercicio legal de la profesión como especialistas en el país de origen, condicionando en el apartado segundo dicha homologación a la realización de una prueba teórico-práctica en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que conduce al título español correspondiente.

(...).

Por tanto el juicio de equivalencia comprende tanto el de contenidos como el de duración, no siendo esta última –la comparación de duración– un mero criterio auxiliar y residual con relación a los contenidos. El punto decimotercero de la Orden de 14 de

Homologación

octubre de 1991 pone de manifiesto esta conclusión al prever situaciones en las que siendo equivalente la duración no exista equivalencia de contenidos y a la inversa y sin que haya obstáculo para que puedan darse carencias en ambos aspectos.

(...).

Además, el juicio de equivalencia sólo se hace sobre el programa formativo que desencadena la expedición del título extranjero de especialista médico (punto cuarto de la OM de 14 de octubre de 1991), y es evidente que este programa formativo cumplido por la recurrente era de tres años, como resulta de la certificación académica (...), y por ello la diferencia de duración existente entre ambos períodos formativos es del 25% respecto de la duración del exigido en España, obteniendo la especialidad argentina en 1991. Con posterioridad a tal fecha la recurrente ejerció profesionalmente. El ejercicio profesional posterior a la obtención del título y específico de la especialidad, únicamente incide para permitir que, si la duración del período formativo fuese inferior a la exigida en España –falta de equivalencia en la duración–, se pueda acceder a la prueba de conjunto (...).

En cuanto a la duración la especialidad médica española de Psiquiatría exige una licenciatura previa en medicina (RD 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista) y tiene una duración de cuatro años (Programa elaborado por la Comisión Nacional de la Especialidad y aprobado por la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia por Resolución de fecha 25 de abril de 2006. El actual programa formativo aparece aprobado por Orden SCO/2616/2008, de 1 de septiembre, manteniéndose los cuatro años de duración).

En el caso de autos el juicio de equivalencia que implica la homologación solicitada ya fue objeto de la oportuna apreciación técnica, en dos ocasiones,

por parte de la Comisión Nacional de la especialidad (25 de junio de 2004 y 2 de marzo de 2005), cuya evaluación final fue desfavorable sin prueba teórico-práctica y sin formación complementaria, concluyéndose que en los estudios de especialización médica conducentes a la expedición del título argentino destacándose una formación limitada a la psiquiatría infantil y juvenil, que como especialidad no está reconocida en España, con falta de formación teórica y práctica en psiquiatría del adulto y habiéndose desarrollado el ejercicio profesional posterior exclusivamente en el campo de la psiquiatría infantil y psicoterapias. Por tanto no existía equivalencia de duración ni de contenidos con los requeridos en la formación española».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 34/2008.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Homologación: licenciado en traducción e interpretación. Reino Unido.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la actora contra la resolución por la que se denegó la solicitud formulada en su día en orden a que su título de Bachelor of Arts in Applied Languages (Interpreting and Translation: English with German) –obtenido en University of Wales (Reino Unido)– le fuera homologado al título español de Licenciada en Traducción e Interpretación.

«El Centro Andaluz de Estudios Empresariales, SA, (CEADE) se encuentra autorizado por silencio administrativo positivo para impartir las enseñanzas conducentes al título de “Bachelor of Arts in Applied Languages (Interpreting and Translation: English with German”, (...) ya que el referido Centro presentó ante la Dirección General de Universidades de la Junta de Andalucía solicitud de autorización para impartir la referidas enseñanzas con fecha 7 de noviembre de 2001, sin que hasta la fecha haya tenido conocimiento de resolución expresa alguna.

Homologación

Consecuentemente, considera que la solicitud de autorización debe entenderse concedida por silencio positivo.

La Orden impugnada invoca los artículos 86.3 de la LOU y artículo 5.2.b) del Real Decreto 285/2004 de 20 de febrero como fundamento para denegar la homologación solicitada, pero el recurrente considera que tales artículos no son aplicables a la solicitud de homologación presentada y que esta ha de ser resuelta de conformidad con el apartado 4 del artículo 86 de la LOU al tratarse de un título expedido por una Universidad de la Unión Europea, como es la Universidad de Gales. Argumenta que la exigencia referida de que el centro donde se imparten las enseñanzas conducentes al título extranjero tenga autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma, contenida en el artículo 86.3, tan solo es aplicable al establecimiento en España de centros de educación superior de terceros Estados, pero no respecto de los Estados miembros de la Unión Europea a los que les es de aplicación el apartado cuarto del artículo 86 de la LOU que remite a lo establecido en los Tratados o Convenios Internacionales suscritos por España por lo que en este caso, atendiendo al artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que impide cualquier restricción al principio de libertad de establecimiento, debiendo considerarse como una restricción la exigencia por parte de las autoridades españolas de una autorización para el establecimiento en España de un centro universitario establecido previamente en un país de la Unión Europea. Y en tal sentido cita la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 2003, caso Neri (Asunto C-153/02) y las sentencias de la Audiencia Nacional (sentencia de 28 de septiembre de 2006) en las que se afirma que la falta de autorización del centro donde se imparten los estudios extranjeros no es obstáculo para su homologación.

Aduce que el artículo 86.1 de la LOU tiene un carácter meramente programático, por lo que hasta tan-

to el Gobierno no fije los criterios precisos para que pueda autorizarse el establecimiento en España de centros extranjeros que importan enseñanzas conducentes a la obtención de títulos extranjeros de educación superior no puede exigirse tal autorización.

El Centro Andaluz de Estudios Empresariales se encuentra autorizado por la Junta de Andalucía para impartir determinadas enseñanzas conforme al sistema educativo vigente en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, atendiendo al Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios (Órdenes de la Junta de Andalucía de 18 de octubre de 1996 y 23 de marzo de 1998); y mientras no se desarrolle reglamentariamente el artículo 86 de la Ley Orgánica de Universidades, el Centro Andaluz de Estudios Empresariales se encuentra autorizado para extender su actividad a cualquier titulación universitaria de la Universidad de Wales, no necesitando autorización adicional para unos concretos estudios, ya que el artículo 86 de la Ley Orgánica de Universidades requiere autorización del centro y no para cada una de las enseñanzas que imparta.

En todo caso, la titulación universitaria extranjera que se pretende homologar tiene pleno reconocimiento oficial en el Reino Unido; y por ello, en virtud de los convenios internacionales suscritos por España y en aplicación del principio de reciprocidad derivada del proceso de construcción del Espacio Europeo de Educación Superior de Bolonia, procede su homologación al correspondiente título español de conformidad con el artículo 86.4 de la mencionada Ley Orgánica de Universidades.

(...).

Por otro lado, que el Centro Andaluz de Estudios Empresariales se encontrara autorizado por la Junta de Andalucía para impartir determinadas enseñanzas conforme al sistema educativo vigente en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,

Homologación

no autorizaba al referido Centro para extender su actividad a cualquier titulación universitaria de la Universidad de Wales, ya que la autorización de que gozaba el Centro Andaluz de Estudios Empresariales en base al artículo 19.1 del Real Decreto 557/1991, por sendas órdenes de la Junta de Andalucía de 18 de octubre de 1996 y 23 de marzo de 1998, se limitaba a los estudios expresados en las referidas órdenes.

En otro orden de cosas, ya hemos expresado en el fundamento de derecho anterior las razones por las que consideramos ajustado al Derecho comunitario la resolución recurrida, pudiendo añadirse ahora, en contestando a las alegaciones del recurrente, que una cosa es que la Unión Europa haya iniciado un proceso para el establecimiento de un Espacio Europeo de la Educación Superior (EEES) en el año 2010, dando así cumplimiento de la Declaración de Bolonia, con la finalidad de adoptar un sistema comparable de titulaciones universitarias, y otra bien distinta que proceda en estos momentos la homologación automática de todas las titulaciones universitarias de los países de la Unión Europea.

Además, que la titulación cuya homologación pretende el recurrente tenga plena vigencia en el Reino Unido no implica, en base al principio de reciprocidad, que deba homologarse automáticamente en España, no citando el recurrente en su demanda los “convenios internacionales suscritos por España” de cuya aplicación resulte la homologación automática de su titulación».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 26 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 322/2007.

Ponente: Don Fernando de Mateo Menéndez.

Voz: Homologación: licenciado en ciencias ambientales. Reino Unido.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se deniega la

solicitud de homologación de su título de Bachelor of Science in Environmental Science, obtenido en University of Wolverhampton (Reino Unido), al título español de Licenciada en Ciencias Ambientales, acordando en su lugar, la retroacción de actuaciones al momento de la solicitud inicial para que se inicie y tramite el correspondiente expediente en el que se emita el oportuno dictamen por el órgano técnico competente sobre el juicio de equivalencia de la formación cursada por la solicitante en relación con la exigida en España para la obtención del título español pretendido.

«La recurrente se matriculó en la Escuela Superior de Negocios (ESNE) de Cantabria, centro que se encontraba previamente autorizado por la Consejería de Educación y Juventud del Gobierno de Cantabria mediante Resolución de 17 de septiembre de 1998 para impartir las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios conforme al sistema educativo vigente, tanto en la Universidad de Wolverhampton del Reino Unido –en este caso, el título de Bachelor of Science (Honours) in Environmental Sciences, traducido como Licenciatura en Ciencias Medioambientales– como en el Hogeschool Zeeland de Holanda –en este caso, el título Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology, cuya traducción es Licenciatura en Gestión de Aguas–.

La recurrente comenzó sus estudios en la ESNE de Cantabria en el curso académico 1999/2000 y finalizó los mismos durante el curso académico 2003/2003, realizando conforme al convenio existente entre los centros educativos ciclos formativos en la Universidad de Wolverhampton y en el Hogeschool Zelanda de Holanda. Los cursos realizados en éste último centro fueron a su vez aceptados por la Universidad de Wolverhampton, conforme al sistema europeo de traslado de créditos, para que la recurrente, una vez cursados 60 créditos más en su último año en la Universidad de Wolverhampton, obtuviera su licenciatura oficial en Ciencias Medioambientales por la citada Universidad.

Homologación

La Administración no ha comprendido que la recurrente solicita la homologación de su Bachelor of Science in Environmental –Licenciatura en Ciencias Medioambientales– obtenido en la Universidad de Wolverhampton, centro universitario que, a su vez, aceptó y convalidó los créditos obtenidos por la propia recurrente en una serie de materias cursadas en el Hogeschool Zeeland de Holanda, centro que imparte el Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology, Licenciatura en Gestión de Aguas; y que el centro ESNE se encuentra plenamente autorizado para impartir los referidos estudios en colaboración con el citado centro ubicado en Holanda, según la resolución de la Consejería de Educación y Juventud del Gobierno Cantabria de 17 de septiembre de 1998.

(...).

La resolución impugnada se basa en que el citado centro español carecía de autorización para impartir los estudios de Bachelor of Science in Environmental Science en colaboración con Hogeschooll Zeeland, cuya motivación ha debido responder a una errónea apreciación de los hechos que concurren en el caso.

Como hemos dicho en la Sentencia de 11 de noviembre de 2008 (recurso número 674/2007) “es preciso dilucidar desde el principio que la impartición por el referido centro español de las enseñanzas conducentes a la obtención del título cuya homologación se impetra (Bachelor of Science in Environmental Sciences), y para lo que contaba con la preceptiva autorización desde 1998, no se realizaba en colaboración con Hogescholl Zeeland, sino con University of Wolverhampton, que fue la que expidió el título cuya homologación se pretende, y ello sin perjuicio de que el mismo centro español estuviera también autorizado para impartir las enseñanzas conducentes a la obtención del título Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology de Hogescholl Zeeland. En contemplación de lo actuado en el expediente administrativo resulta que la Universidad de Wolverhampton procedió a convalidar los progra-

mas de estudios cursados por la actora en Aquatic Ecotechnology en la Hogeschool Zeeland (Países Bajos) y los de Ciencias Ambientales cursados en ESNE, cuya convalidación más el último año de estudios cursado en la Universidad de Wolverhampton le permitió a la recurrente la obtención del título –expedido por esta última Universidad– de cuya homologación ahora se trata, contando desde 1998 el centro español con la preceptiva autorización ex Real Decreto 557/1991 para la impartición de las enseñanzas conducentes a la obtención del referido título, de donde que no se diere en el caso la causa de exclusión de la homologación prevista en el artículo 5.2.b) del Real Decreto 285/2004, que ha aplicado la resolución recurrida, por lo que desfallece la motivación del acto recurrido.

Ahora bien, lo anterior no implica sin más la homologación del título al haberse omitido –conforme al artículo 13.a) del Real Decreto 285/2004– la emisión del informe del correspondiente comité técnico previsto en artículo 10 del mismo Real Decreto 285/2004, que es preceptivo y determinante a tenor del artículo 12.3 de este último, de tal forma que al ser imprescindible el meritado informe técnico procede la anulación de la resolución recurrida y la retroacción del procedimiento a fin de que el mismo se sustancie en debida forma, con la emisión del repetido informe por parte del correspondiente comité técnico y demás trámites reglamentarios previos al dictado de la resolución definitiva que corresponda, que es precisamente lo impetrado en la súplica de la demanda, lo que determina la estimación del actual recurso”. En el mismo sentido la Sentencia de esta Sección de 23 de diciembre de 2008 (recurso número 1.278/2006)».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 4 de mayo de 2009.

Recurso de Casación: 1254/2006.

Ponente: Doña Celsa Pico Lorenzo.

Voz: Homologación de título: ingeniero italiano.

Homologación

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra las Resoluciones del Ministerio de Fomento de 19 de mayo y de 9 de julio de 2004 en las que se desestimó su solicitud de reconocimiento del título de «Diploma de Licenciatura» expedido por la «Università Politécnica delle Marche» (Italia).

«En Informe sobre la solicitud de reconocimiento, realizado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de 29 de octubre de 2003, relativo a uno de los interesados, pero predicable respecto del resto, se señala lo siguiente: “D. Jesús Miguel posee el título de Ingeniero Técnico en Construcciones Civiles, expedido por la Escuela Universitaria de Ingeniería Técnica de Alicante (actualmente Escuela Politécnica Superior de la Universidad de Alicante). Asimismo, está en posesión del título propio de 2.º ciclo de la mencionada Universidad denominado ‘Ingeniero Civil’.

Según se desprende de la documentación remitida por su Departamento, la citada Universidad española y la Università Politécnica delle Marche de Italia han suscrito un Convenio en el que se prevé que los alumnos que estén en posesión del título oficial español de Ingeniero Técnico en Construcciones Civiles y concluyan las enseñanzas conducentes al título propio anteriormente citado, organizado en común entre ambas Universidades, podrán solicitar la expedición del título italiano ‘Diploma di Laurea in Ingegneria Civile’ de la citada Universidad italiana.

Con independencia del valor que tal título extranjero pudiera tener en el Estado miembro expedidor, por lo que se refiere a su validez en España ha de señalarse que, si el caso que nos ocupa fuera que D. Jesús Miguel hubiera solicitado la homologación de su título italiano de ‘Diploma di Laurea in Ingegneria Civile’ al título español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, al amparo del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero (BOE del 23), regulador de las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior, no procedería

la misma, dado que parte de la formación realizada por el interesado se corresponde con un título propio, es decir no oficial, de una Universidad española.

(...).

Al respecto, debe señalarse que en Italia existen requisitos legales relativos a las cualificaciones requeridas para el ejercicio de la profesión de ‘Ingegnere’ por lo que la misma constituye una profesión regulada en ese país de acuerdo con el concepto establecido en la citada Directiva.

En este caso hay que considerar que el interesado ha superado en Italia el examen de Estado que le confiere la ‘abilitazione all’esercizio della professione di INGEGNERE’, título profesional que le habilita para el ejercicio de la profesión de Ingeniero en Italia.

Como consecuencia de todo ello, resulta de aplicación el apartado primero del artículo 4.º del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, por el que se establece que ‘Se reconocen en España, para el acceso a las actividades de una profesión regulada, con los mismos efectos que el correspondiente título español, los títulos obtenidos en los Estados miembros que faculten para ejercer en ellos esa misma profesión’.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, el título que faculta en Italia para ejercer la profesión de ‘Ingegnere’ es la ‘abilitazione’ que posee el interesado, por lo que no cabe denegar el acceso a la profesión española alegando insuficiencia de cualificación (artículo 3 Directiva 89/48/CEE).

No obstante, el apartado b) del artículo 5 del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, por el que se incorpora la citada directiva al ordenamiento español, establece que podrá exigirse para el reconocimiento de dichos títulos lo siguiente: ‘Someterse a una prueba de aptitud o realizar un período de prácticas, a elección del solicitante, en aquellos ca-

Homologación

sos en que la formación recibida por él comprenda materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por el título español requerido, o cuando la correspondiente profesión abarque en España una o varias actividades profesionales que no existan en esa misma profesión en el país de origen, y esta diferencia se caracterice por una formación específica exigida en las disposiciones españolas aplicables, y se refiera a materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por los títulos que presente el solicitante’.

(...)”.

“El peticionario, nacional español, obtuvo el título de ingeniería civil en la Universidad de Alicante. En virtud de un convenio de cooperación entre dicha universidad y la ‘Università Politecnica delle Marche’, de Italia, el peticionario obtuvo una declaración de equivalencia de su título español con el título italiano ‘Laurea in Ingegneria Civile’. A continuación el peticionario aprobó el examen de Estado que en Italia habilita para el ejercicio de la profesión (‘abilitazione’). El Ministerio de Fomento español rechazó la solicitud de reconocimiento alegando que el solicitante había adquirido su cualificación en España y que la universidad italiana no añadía nada a la formación que había recibido. Este análisis pasa por alto el hecho de que el peticionario adquirió la parte final de su cualificación profesional (‘abilitazione’) en Italia. De este modo, la solicitud de reconocimiento no tiene por objeto hacer un mal uso del sistema instituido por la Directiva 89/48/CEE, y la negativa a reconocer la cualificación italiana puede constituir una infracción de la Directiva 89/48/CEE.

Por otra parte, de la información aportada por el peticionario se desprende que las autoridades españolas y, más concretamente el Ministerio de Medio Ambiente supeditan el acceso a las pruebas de promoción interna al reconocimiento académico de los títulos adquiridos en otros Estados miembros. Ahora bien, con arreglo al artículo 3 de la Directiva

89/48/CEE, los nacionales comunitarios que posean el título prescrito en otro Estado miembro para ejercer una profesión determinada dentro del territorio de dicho Estado tienen derecho a ‘[...] acceder a dicha profesión o ejercerla en las mismas condiciones que sus nacionales’ en el Estado miembro de acogida. Por consiguiente, supeditar el ejercicio de la profesión, en particular para la promoción interna en el sector público, a la concesión de la equivalencia académica del título podría ser contrario a la Directiva 89/48/CEE.

La Comisión recibió una queja del peticionario, así como de otras diez personas cuya solicitud de reconocimiento de acuerdo con la Directiva 89/48/CEE también fue denegada por el Ministerio de Fomento español. Por consiguiente, la Comisión propondrá que se inicie la primera etapa del procedimiento ex artículo 226 contra España por mala aplicación de la Directiva 89/48/CEE”.

(...).

No se trataría, por tanto, una vez superada la duración de tres años de los estudios, de examinar si como pretende la actora estas tienen una duración de cinco años en Italia y seis en España, o si en este país se exigen 38 asignaturas y en aquél 29, sino de analizar, si coinciden sustancialmente, las materias sobre las que se ha recibido formación y las actividades que con el título correspondiente podrían realizarse en cada uno de los países y es lo cierto, que analizados separadamente el título de ‘Ingegneria Civile Idraulica’ y el de ‘Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos’ debe concluirse que el primero tiene una duración superior a tres años, que faculta para ejercer en Italia la misma profesión que se corresponde con la de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos; que D. Jose Daniel según consta en el expediente administrativo, superó en la Universidad de Padova el Examen de Estado para la habilitación a efectos de ejercer la profesión de Ingeniero; que los estudios acreditados responden al contenido de las materias troncales relacionadas en las directri-

Nacionalidad

ces generales de los planes de estudio aprobados por Real Decreto 1425/1991, de 30 de agosto, correspondientes a la Ingeniería que nos ocupa; que en el plan de estudios de 1995 en Universidades como la Politécnica de Cataluña no figurará ya ninguna especialidad en el título.

Por todo lo expuesto, atendido el espíritu de la normativa referida en relación a los países miembros de la Unión Europea y que el reconocimiento de título que se efectúa es a efectos del ejercicio de la profesión en España, parece necesario confirmar la resolución impugnada, sin necesidad de exigir la prueba de aptitud, al no concurrir el presupuesto previsto en el artículo 5.b) del Real Decreto 1665/91”.

(...).

Las materias cursadas por el recurrente no pueden ser clasificadas como sustancialmente diferentes a las exigidas en España para el otorgamiento del título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. En relación al contenido de la materia no queda acreditado que los estudios cursados en Italia no abarquen aspectos relacionados con caminos, canales y puertos. El título de Ingeniero Civil Ind. Idráulica, se obtiene tras una formación sustancial básica coincidente con el de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

Por lo demás tampoco queda acreditado un bajo nivel en los estudios efectuados por el peticionario del reconocimiento del título. En el propio informe emitido por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, que obra en el expediente administrativo, se indica que el título de Laurea in Ingegneria Civile es en Italia un título universitario con una fuerte formación básica en Física y Matemáticas en los primeros años y una fuerte especialización en los dos últimos años. Añadiendo dicho informe que por duración y profundidad de los estudios podría considerarse equivalente en conjunto a los estudios de cualquier Ingeniería Superior en España, aunque con un sesgo mucho

más especializado y por tanto mucho menos generalista.

A ello hay que añadir respecto a la duración de los estudios, que éstos incorporan un «Examen de Estado» para obtener la habilitación para el ejercicio de la profesión de Ingeniero.

Pues bien, tal argumentación es trasladable, *mutatis mutandis*, al presente pleito, con reiteración de que si el peticionario es español y ha utilizado la peculiar vía docente que la Administración cuestiona, ellos son circunstancias que no empecen a su derecho, por lo que este Tribunal es de criterio que procede estimar el recurso jurisdiccional ahora deducido».

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 19 de febrero de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 707/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: falta de integración en la sociedad española.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se la denegó la nacionalidad española por residencia, al no conocer suficientemente el idioma español, ya que no sabe leer ni escribir a pesar del tiempo de residencia en España y desconoce aspectos básicos de la sociedad española.

«En la demanda se afirma que la residencia legal de la recurrente se remonta al 21 de enero de 2004 y habiendo solicitado la nacionalidad el 29 de abril de 2005 ajustándose al plazo mínimo de un año que se exige en los casos de matrimonio con español y que en este breve plazo de tiempo ha conseguido hablar y entender el español aunque no lo lee ni

Nacionalidad

lo escribe y que lo de la confusión en la identidad del heredero de la Corona debió de ser un error de transcripción (...).

(...).

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que la 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 grado de integración en la sociedad española, ya que a pesar de llevar años en España y ser una persona joven, no lee ni escribe en castellano y desconoce aspectos básicos de la sociedad española.

Se trata de determinar si ello resulta decisivo para apreciar la carencia de ese requisito. A tal efecto ha de significarse que la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente. Así, lo cierto es que el idioma oficial constituye el fundamental medio de comunicación e integración social, configurado como una obligación para todos los españoles por el artículo 3.1 de la CE.

(...) nos encontramos ante un muy deficiente, prácticamente nulo, manejo del idioma castellano, desde la perspectiva de la lectura y escritura, inconveniente que no se presenta en cuanto la expresión y comprensión oral. A ello hay que unir que la recurrente manifiesta un desconocimiento al nivel más básico, de las instituciones y sistema político español (confunde las CCAA con las provincias, el nombre del heredero de la Corona, ignora el partido político gobernante, no comprende cuando se le

pregunta acerca de qué es la Constitución Española, de la cual desconoce el día de la celebración).

Por otro lado, no puede obviarse que la recurrente no ha justificado ninguna otra actividad de carácter social o cultural que ponga de manifiesto la integración y participación en la vida y costumbres españolas, y que es cierto que las dificultades para leer y escribir el castellano son menos entendibles en una persona de la edad de la recurrente (una persona joven como nacida en 1974) a la que su voluntad de ser española le ha de suponer el añadido esfuerzo del dominio del idioma vehicular de comunicación general en nuestro país, aun en un nivel básico, pero tanto en comprensión y expresión oral como escrita (ni siquiera se ha acreditado que haya intentado paliar las carencias formativas en el idioma castellano, a nivel de la lectura y expresión escrita, mediante los cursos de alfabetización de adultos que los servicios sociales tienen establecidos para situaciones similares). No se puede olvidar que la integración se pretende en y respecto de un país en el que los niveles de analfabetismo de las mujeres de su edad son mínimos (según el INE el 0,86% de mujeres entre 35-44 años de edad, de un total del 3,46% de mujeres analfabetas, entendiéndose por tales las que no saben leer y escribir).

Sin olvidar la extracción social y cultural de la recurrente (no acredita ningún tipo de formación en su país de origen y en su lengua materna, procede de un ámbito rural, con una concepción particularizada en relación a la condición femenina, y de profesión sus labores) y aunque inicia su residencia legal en España en 2004 su permanencia física en nuestro país es bastante anterior ya que el primer hijo del matrimonio nació en noviembre de 2001 y a preguntas del encargado asumió que reside en territorio español desde 1996.

Estamos ante una muy amplia permanencia en España previa a la solicitud de nacionalidad (solicitud presentada el 29 de abril de 2005) y que, pese a su dilatada duración, no ha servido para que la acto-

Nacionalidad

ra prosperara en su alfabetización, pero que tampoco le ha servido para prosperar en conocimientos institucionales básicos que están al alcance de cualquiera que simplemente vea televisión o escuche radio, programación nacional que no marroquí, sin que sea preciso para ello saber leer. Este absoluto desconocimiento resulta incompatible con el ejercicio de los derechos políticos que lleva consigo la obtención de la nacionalidad y trasciende de lo que es simplemente el desenvolverse comercialmente en su ciudad de residencia para adquirir los artículos, de alimentación o de cualquier otra necesidad, que son precisos para el mantenimiento de su hogar o comunicarse con sus vecinos o amigos, extremos estos en los que se centra la demanda para afirmar la integración cuestionada. Conviene recordar, como ha puesto de manifiesto el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003, que la adquisición de la nacionalidad le convierte en ciudadano/a español lo cual supone (artículo 23 de la CE) que adquiere 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.

Por ello, ha de confirmarse no cumplido el requisito de la integración, con desestimación de este recurso contencioso».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 19 de febrero de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 595/2007.

Ponente: Don Fernando de Mateo Menéndez.

Voz: Nacionalidad española: antecedentes sobreseídos.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó al actor la concesión de nacionalidad por residencia sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica al tener antecedentes con fecha 15 de octubre de 2005 por un delito relativo a la prostitución.

«El demandante impugna la resolución de 27 de febrero de 2007 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, por la que se denegó al actor la concesión de nacionalidad por residencia sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica al tener antecedentes con fecha 15 de octubre de 2005 por un delito relativo a la prostitución.

Alega el actor, de nacionalidad francesa, como fundamento de su pretensión, que si bien fue detenido el 15 de octubre de 2005 por un delito relativo a la prostitución, la causa fue sobreseída. Que está casado con una persona de nacionalidad francesa, y que reside legalmente en España desde 1980, hablando perfectamente el castellano y que se encuentra adaptado a la cultura y estilo de vida español, teniendo vivienda propia. La solicitud de nacionalidad se presentó el día 19 de enero de 2003.

(...).

De contrario, los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son meramente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española (STS de 5 de noviembre de 2001 recurso de casación núm. 5.912/1997).

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 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 solo del incumplimiento de las normas sino también de la falta en mayor o menor grado de la integración en la sociedad española legalmente exigida.

Nacionalidad

(...).

Se trata, por tanto, de valorar el conjunto de la vida desplegada por el solicitante en nuestro país, especialmente en los años anteriores a lo solicitado, para alcanzar un convencimiento sobre su trayectoria personal (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

Consta en el expediente que el recurrente fue detenido el 15 de octubre de 2005 por un delito relativo a la prostitución, habiendo sido sobreseído la causa contra él por Auto de 28 de julio de 2005 del Juzgado de Instrucción número 9 de Alicante, recayendo posteriormente Sentencia de 29 de junio de 2006 del Juzgado de lo Penal número 2 de Alicante, por la que se absuelve a doña Isabel.

Como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008 el mero hecho de haber sido objeto de diligencias penales no es obstáculo insalvable para considerar satisfecho el requisito de la “buena conducta”, siempre que, por supuesto, se desprendan del expediente administrativo otros datos de signo positivo que lo justifiquen. En el caso que nos ocupa, no solamente se sobreseyó provisionalmente la causa contra el demandante y otros, sino que en el juicio celebrado contra una de los imputados que consta en las actuaciones, aquella fue absuelta. A ello hay que añadir, que el actor, de nacionalidad francesa, reside legalmente en España desde 1980 y se encuentra perfectamente arraigado en España cumpliendo con sus obligaciones fiscales.

En consecuencia, procede estimar el recurso contencioso-administrativo».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 3 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 736/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Nacionalidad española: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española.

«El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que pese a haber sido condenado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas por sentencia de enero de 2002, los hechos ocurrieron en 1997 por lo que en el momento en el que solicitó la nacionalidad (abril de 2005) habían transcurrido ocho años y se trató de un hecho aislado que no puede impedir indefinidamente la obtención de la nacionalidad, máxime cuando los antecedentes penales por este hechos ya han sido cancelados. Por otra parte, considera que la naturaleza del delito por el que fue condenado (se trató de una detención rutinaria en un control sin que se hubiera producido ningún accidente ni daños personales o materiales algunos) y la escasa gravedad de la pena (3 meses de multa y privación del permiso de conducir) permiten afirmar que este antecedente penal no tiene suficiente relevancia frente a los elementos positivos de integración en la sociedad española. A tal efecto, menciona la carencia de antecedentes penales en su país de origen, tiene tres hijos nacidos en España, su esposa es residente legal y ha cotizado 11 años a la Seguridad Social, y tiene trabajo y una nómina, es propietario de una vivienda, por lo que queda demostrado un importante arraigo personal y profesional en este país que no puede impedir la adquisición de la nacionalidad por un hecho aislado ocurrido ocho años antes de solicitar la nacionalidad.

(...).

En la valoración de las concretas circunstancias concurrentes, debe empezar por señalarse que no

Nacionalidad

es posible minimizar, como pretende la parte recurrente, la gravedad del delito por el que ha sido condenado penalmente (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas), pues este Tribunal ha señalado en anteriores sentencias, siguiendo al Tribunal Supremo [sentencias de 24 de mayo de 2004 (rec. 1862/2000); y de 15 febrero de 2007, (rec. 3756/2002)] que “la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas está tipificada como delito, es decir que es algo que en modo alguno puede incluirse en lo que el Código civil llama buena conducta cívica”. Ahora bien, no es menos cierto que la existencia de un antecedente penal aislado por un hecho de esta naturaleza, ocurrido ocho años antes del momento en el que solicitó la nacionalidad española, no puede convertirse en un obstáculo insalvable que prolongue sus efectos de forma indefinida en el tiempo para impedirle adquirir la nacionalidad española, ya que también resulta relevante valorar esa conducta en el conjunto de su estancia en nuestro territorio, tomando en consideración los demás elementos positivos que demuestran su buena conducta en el desarrollo de su vida en nuestro país y la cercanía o lejanía de los antecedentes negativos invocados en relación con el momento en que solicita la nacionalidad española.

Así, frente a la condena penal existente, debe ponderarse que se trata de un hecho muy alejado en el tiempo y que aparece como aislado en el comportamiento que el recurrente viene desplegando en su larga estancia en nuestro territorio, ya que tiene permiso de trabajo y residencia desde junio de 1991, sus hijos han nacido en España y tiene un largo historial laboral en nuestro país, acreditando haber cotizado a la Seguridad Social durante 11 años y ocho meses y disponer de un contrato de trabajo estable y una vivienda. Tales elementos positivos permiten concluir que el recurrente, al margen de esta conducta penal aislada y alejada en el tiempo que fue cumplida en todos sus aspectos y cancelados los antecedentes, ha desarrollado una conducta cívica que se acomoda al estándar medio de comporta-

miento en nuestro país que permite concluir que cumple con el requisito de buena conducta cívica.

Por último, aunque la Administración aduce que ya le fue denegada anteriormente la nacionalidad española solicitada por resolución de 2001, no aporta documento alguno al respecto ni figura en el expediente dicha resolución por lo que no es posible conocer las razones que motivaron esta denegación, que bien pudo sustentarse en los mismos hechos por los que posteriormente fue condenado penalmente en la sentencia penal que ahora se pondera. En todo caso, la ausencia de cualquier otro dato sobre esta denegación previa y los motivos en los que sustentaba, así como la falta de alegación de cualquier otra conducta negativa al margen de la enjuiciada, impide apreciar una mala conducta cívica reiterada y ha de tenerse la condena penal como un hecho aislado que no impide la adquisición de la nacionalidad española solicitada».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 300/2007.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Denegación de nacionalidad española: bigamia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente quien no acreditó buena conducta cívica ni integración en la sociedad española derivada de la situación de bigamia mantenida durante más de cuatro años de residencia en España.

«Con fecha de registro de entrada 3 de marzo de 2004, el recurrente, nacional de Marruecos, solicitó la nacionalidad española por residencia.

Tramitado el correspondiente expediente administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia, dictó resolución con fecha 25 de enero de 2006 desestimando la petición del recurrente, por no haber

Nacionalidad

justificado suficientemente buena conducta cívica, ya que, de la documentación obrante en el expediente administrativo, resultaba que había contraído matrimonio con una ciudadana de su país cuatro meses después de contraer matrimonio con una ciudadana española, sin estar disuelto el matrimonio previamente celebrado, “manteniendo esta situación de bigamia durante más de cinco años durante los cuales amparó su residencia legal en una TFRC en base a un matrimonio con española que, según todos los datos obrantes en el expediente, fue un matrimonio blanco o de complacencia para poder residir y estar documentado en España”.

La misma resolución consideraba, además, que el recurrente no había justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, al comprobarse que había estado “en situación de bigamia desde el 16 de agosto de 1996 al 25 de octubre fecha en la que se divorció de su cónyuge española”.

Contra la expresada resolución el recurrente interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por resolución de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado, dictada también por delegación del Ministro de Justicia, de fecha 19 de julio de 2006.

Según esta última resolución, en el supuesto examinado había quedado acreditada la vulneración de las normas de estado civil vigentes en España, que sólo reconocen la unión matrimonial monógama, pudiendo el recurrente haber incurrido en un delito de bigamia al contraer matrimonio ulterior al celebrado días antes en España, circunstancia que impedía entender acreditado el doble requisito de la buena conducta cívica y la suficiente integración en la sociedad española, necesarios para la adquisición de nuestra nacionalidad.

(...).

En la resolución recurrida se concluye que el matrimonio del recurrente con la ciudadana española

doña Constanza, celebrado el 20 de abril de 1996, fue un “matrimonio blanco o de complacencia para poder residir y estar documentado en España”. Pero ello es obviamente absurdo, dado que el recurrente residía en España de forma legal desde casi cinco años antes, en concreto, desde el 19 de noviembre de 1991, por lo que en modo alguno precisaba de dicho matrimonio para residir legalmente en España.

En la resolución recurrida se sostiene que el recurrente contrajo matrimonio el 20 de agosto de 1996 con la ciudadana marroquí Rosa, manteniendo la situación de bigamia hasta el 25 de octubre de 2001, fecha en la que se divorció de su primera esposa, argumentándose en base a ello que no había acreditado la “buena conducta cívica” exigida por el artículo 22.4 del Código Civil. Sin embargo, siendo el recurrente nacional de Marruecos en el momento de contraer su segundo matrimonio, debió aplicársele la legislación matrimonial civil marroquí, que permite la bigamia. En consecuencia, ningún tipo de vulneración al orden público español se produjo por el hecho de que el recurrente contrajera un segundo matrimonio, máxime teniendo en cuenta que su segunda esposa no residió en España hasta el año 2003, cuando el primer matrimonio del recurrente se encontraba disuelto.

No constan antecedentes penales del recurrente en el expediente administrativo y su integración en la sociedad española es evidente, como reconoce el Registro Civil de Getafe en el examen practicado con fecha 3 de marzo de 2004.

El recurrente, en uso de su libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución, profesa la religión musulmana, que permite la poligamia, y el segundo matrimonio que contrajo se celebró según los ritos de la religión musulmana, por lo que la denegación de la nacionalidad por la Administración infringe el derecho del recurrente a la libertad religiosa, siendo arbitraria, nula y contraria a Derecho.

Nacionalidad

La resolución recurrida infringe diversos derechos fundamentales del recurrente: la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 de la Constitución), la tutela judicial efectiva con prohibición de indefensión (artículo 24 de la Constitución) y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución). Del mismo modo, la resolución recurrida es un supuesto claro de desviación de poder, prohibida y declarada nula en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, como resulta del hecho de denegar una solicitud de nacionalidad en quien concurren todos y cada uno de los requisitos previstos legalmente.

(...).

Partiendo de lo expresado en los fundamentos jurídicos precedentes y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, no podemos considerar que el recurrente haya cumplimentado los requisitos de buena conducta cívica e integración en la sociedad española a los efectos del reconocimiento de nuestra nacionalidad.

En efecto, el recurrente contrajo matrimonio con la ciudadana española (...) Constanza el 20 de abril de 1996, y sin estar disuelto el referido vínculo matrimonial, volvió a contraer matrimonio con la ciudadana marroquí Rosa en agosto de 1996, es decir, cuatro meses después, permaneciendo casado con ambas mujeres y residiendo en nuestro país hasta que se divorció de la primera el 25 de octubre de 2001.

No hay duda, por tanto, que el mantenimiento por el recurrente de una situación de bigamia durante cuatro años de residencia en España implica una mala conducta cívica y denota su falta de integración en nuestra sociedad, por lo que la resolución recurrida se ajustó a la legalidad al denegar la nacionalidad española al recurrente.

Y ello nada tiene que ver con el ejercicio de la libertad ideológica y religiosa, derecho constitucional que no implica la aceptación y reconocimiento, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española, de conductas que puedan constituir delito en nuestro país; ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que el recurrente ha ejercido, precisamente, mediante este recurso; ni califica la resolución recurrida de arbitraria, al encontrarse sobradamente motivada y justificada; ni supone desviación de poder, por cuanto la Administración no ha ejercido sus potestades administrativas para fines distintos de los previsto en la norma».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 678/2006.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Denegación de nacionalidad española: diligencias penales por malos tratos.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que deniega la nacionalidad española por falta de buena conducta cívica. El recurrente se vio incurso en un antecedente policial por malos tratos habituales en el ámbito familiar, antecedente que tuvo también trascendencia judicial, ya que motivó una orden de alejamiento.

«Con fecha de registro de entrada 14 de enero de 2004, el recurrente, nacional de República Dominicana, solicitó la nacionalidad española por residencia.

Tramitado el correspondiente expediente administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia, dictó resolución con fecha 12 de diciembre de 2005 desestimando la petición del recurrente por no haber justificado “suficientemente buena conducta cívica”, ya que, según la documentación obrante en el expediente administrativo, tenía antecedentes

Nacionalidad

de fecha 19 de septiembre de 2001 por malos tratos, y el sobreseimiento provisional de los referidos antecedentes no justificaba positivamente la buena conducta exigida por el artículo 22.4 al solicitante de nacionalidad.

Contra la expresada resolución el recurrente interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por resolución de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado, dictada también por delegación del Ministro de Justicia, de fecha 17 de mayo de 2006.

Según esta última resolución, quedaban alejadas de la consideración de una conducta cívicamente correcta, no sólo aquellas conductas que por ser irrespetuosas con las personas o con las leyes habían originado situaciones de conflictividad en la vida social, sino también, con mayor razón, aquellas otras que habían sido sancionadas por el ordenamiento jurídico penal como delito o falta, importando poco que los antecedentes penales abiertos en su día estuvieran o no cancelados, por cuanto su propia existencia en tiempo no muy lejano a la solicitud de nacionalidad ponían de manifiesto que el solicitante no había adaptado su conducta a lo que se consideraba comportamiento cívico correcto en esta sociedad; la mera alegación del recurrente sosteniendo su integración positiva en la vida social española no podía desvirtuar el motivo de denegación de la resolución impugnada, pues, sin perjuicio del auto de sobreseimiento provisional de 20 de septiembre de 2001, había quedado acreditado que a lo largo de su trayectoria personal existieron hechos de especial relevancia que, por su gravedad, no podían dejar de valorarse, al trascender de la esfera estrictamente familiar y privada para centrarse en un aspecto social relevante: los malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar; y como quiera que el cónyuge del recurrente había renunciado expresamente a las acciones que pudieran corresponderle, y expresamente, había perdonado al denunciado, y en virtud de la indicada renuncia el recurrente no había sido con-

denado por falta penal alguna, no podía entenderse acreditada su buena conducta cívica.

(...).

El recurrente no fue condenado por falta penal alguna, decretándose el sobreseimiento provisional y el archivo del procedimiento seguido contra el mismo, por lo que en ningún caso las expresadas diligencias pueden resultar determinantes a los efectos de acreditar su conducta cívica, más, si cabe, cuando la denuncia fue interpuesta por los celos de la esposa del recurrente.

Ha de tenerse en cuenta igualmente el tiempo transcurrido entre las diligencias penales que se incoaron contra el recurrente en 2001 y la petición de nacionalidad en 2004, y el hecho de que ni con anterioridad ni con posterioridad se ha producido ningún otro incidente que desmienta la buena conducta cívica demostrada por el recurrente durante éstos años.

A todo lo anterior ha de añadirse, como se desprende del expediente administrativo, que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad española, A saber, es natural de República Dominicana, habiendo contraído matrimonio en España en 1999 con Amparo, de cuya unión tiene dos hijos, así como otros dos hijos de una relación anterior que viven en República Dominicana; y lleva una vida completamente integrada en España, con trabajo y sueldo mensual acreditado que le permite mantener a su familia, constando su empadronamiento en San Sebastián de los Reyes desde enero de 2004.

(...).

El representante del Estado defiende la legalidad de la actuación administrativa recurrida, basándose, esencialmente, en los siguientes argumentos:

Nacionalidad

La cuestión planteada por el recurrente ha sido resuelta en varias ocasiones por esta Sala, en el sentido de que la cancelación o falta de antecedentes penales no es suficiente para considerar que existe buena conducta cívica según los estándares exigidos a los nacionales (SAN de 17 de noviembre de 2006). Y en el presente caso nos encontramos ante un supuesto similar, al haber sido sobreseídas por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alcobendas, con fecha 20 de septiembre de 2001, las Diligencias Previas incoadas contra el recurrente a instancia de su esposa, doña Amparo, por maltrato familiar.

Aun cuando no consten antecedentes penales y no haya resultado condenado el recurrente, lo cierto es que su conducta en un caso de violencia de género no se puede considerar como la conducta habitual exigible al español medio, máxime atendiendo a la relevancia social que tienen las conductas de este tipo y a la voluntad del Estado de erradicarlas con diversas medidas, entre las que destaca la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo.

Por otra parte, el hecho de que el recurrente tenga dos hijas españolas y un trabajo no es suficiente para acreditar su buena conducta cívica, dado el escaso lapso temporal existente entre la denuncia y la solicitud de nacionalidad.

En definitiva, que la conducta del recurrente no tenga relevancia penal no determina que no sea relevante a otros efectos, como la concesión de la nacionalidad española; y correspondiendo al recurrente la carga de la prueba de su buena conducta cívica, y no habiéndola acreditado, procede la confirmación de la resolución recurrida.

(...).

En efecto, de la documentación incorporada al expediente administrativo y a estas actuaciones judiciales se desprende que el recurrente se vio incurso en unas diligencias penales por malos tratos seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alcobendas;

y aunque las referidas diligencias fueron sobreseídas provisionalmente, no pudiendo concluirse que el recurrente hubiera llevado a cabo actividad delictiva alguna, del contenido del atestado policial se deduce que las malas relaciones familiares del recurrente sobrepasaron el ámbito meramente privado dando lugar a la intervención policial y judicial.

Por otro lado, pese a que el recurrente sostuvo en su demanda que las diligencias por malos tratos seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alcobendas habían sido un hecho aislado, ha quedado acreditado por la documental practicada a instancia de la Sala que el recurrente se vio incurso en otro antecedente policial, fechado el 26 de noviembre de 2006, por malos tratos habituales en el ámbito familiar, antecedente que tuvo también trascendencia judicial, ya que motivó una orden de alejamiento.

En definitiva, aun siendo cierto que constan en el expediente administrativo datos indicadores de la integración del recurrente en la sociedad española, como el largo periodo de residencia en España y el amplio historial laboral, las malas relaciones del recurrente con su familia han traspasado el ámbito privado y han motivado la intervención policial y judicial, habiéndose visto el recurrente implicado hasta por dos ocasiones en actuaciones judiciales por malos tratos habituales, en el segundo caso, con una orden de alejamiento, por lo no podemos considerar que haya acreditado buena conducta cívica».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 206/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad: condena penal por estafa.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española al haber sido condenada por una falta de estafa.

Nacionalidad

«La recurrente aduce en apoyo de su pretensión que si bien fue condenada penalmente por una falta de estafa se han cancelado los antecedentes penales por este hecho y lleva una vida ordenada en nuestro país dedicada a su hija, trabajando y cumpliendo con sus obligaciones fiscales, laborales y con la Seguridad Social; tiene arraigo en nuestro país al estar casada con un nacional español.

(...).

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 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 solo del incumplimiento de las normas sino también de la falta en mayor o menor grado de la integración en la sociedad española legalmente exigida.

(...).

Se trata, por tanto, de valorar el conjunto de la vida desplegada por el solicitante en nuestro país, especialmente en los años anteriores a lo solicitado, para alcanzar un convencimiento sobre su trayectoria personal (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

Y con relación a la citada cuestión consideramos que si bien concurren algunos datos indicativos de la integración de la recurrente en la sociedad española,

como son el hecho de estar casada con un nacional español y haber demostrado un cierto arraigo laboral en nuestro país (trabaja por cuenta ajena con un contrato indefinido como dependiente), consta en el expediente que la recurrente fue condenada penalmente por una falta de estafa por hechos ocurridos en febrero de 2000 consistentes en que “la empleada de Metro S.A. ... sorprendió a Elsa en la estación de Lavapies cuando viajaba con un abono transporte que tenía una foto suya superpuesta a la de la verdadera titular, que era su hermana”, siendo condenada a la pena de dos fines de semana de arresto y pagar una indemnización a la compañía. Este hecho demuestra que en fechas muy cercanas a su solicitud de nacionalidad (presentada en febrero de 2003) tuvo una conducta antisocial alejada de lo que puede considerarse una buena conducta cívica, y que la recurrente ocultó al tiempo de presentar su solicitud de nacionalidad. Esta condena penal, en una estancia de seis años de duración total, pone de manifiesto que su comportamiento no puede ser considerado como respetuoso con las normas sociales de convivencia con vistas a poder adquirir la nacionalidad española».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de marzo de 2009.

Recurso de Casación: 3002/2006.

Ponente: Don Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Denegación de nacionalidad: buena conducta cívica. Delito contra la salud pública.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente al haber sido el interesado detenido varias veces por un delito contra la salud pública, habiendo estado en prisión por estos hechos.

«“(…) Tercero.—En el caso que ahora nos ocupa, la parte recurrente —natural de Marruecos— solicitó la nacionalidad española el 1 de febrero de 2001, siendo así que de lo actuado aparece que la misma residió en España con los correspondientes permisos de

Nacionalidad

residencia desde 1989, su esposa obtuvo la nacionalidad española por residencia y consta que dos de sus hijos son españoles de origen. En el informe de vida laboral no consta que tuviera relación laboral en el período que va desde el 11 de abril de 1980 hasta el 29 de abril de 1992, siendo así que en esta última fecha es dado de alta en un subsidio de desempleo, que se extingue el 28 de octubre de 1993. Tampoco consta relación laboral alguna desde esta última data hasta el 5 de julio de 1996, siendo así que desde esta última fecha la parte actora mantiene relaciones de trabajo con distintas empresas con una cierta regularidad. En el acta de comparecencia ante el Juez encargado se dice que el interesado habla y comprende perfectamente el castellano, lo sabe leer y escribir correctamente, pero tiene mala conducta debido a sus antecedentes policiales. La resolución recurrida se basa en que el interesado ha sido detenido varias veces por delito contra la salud pública, habiendo estado en prisión por estos hechos, sin que la cancelación de antecedentes penales equivalga a la buena conducta cívica que exige el artículo 22 del Código Civil.

Frente a lo anterior, el demandante alega que reside en España con los correspondientes permisos desde 1989 y que sus antecedentes penales y policiales están cancelados, incidiendo en sus circunstancias de arraigo familiar y adaptación social y haciendo hincapié en que únicamente tiene tres antecedentes (que datan de 1984, 1986 y 1990, respectivamente por atentado contra agentes de la autoridad y por delitos contra la salud pública), ya que los otros dos de 3 de julio de 1990 y de 16 de septiembre de 1991 que constan en el informe de la Delegación del Gobierno en Ceuta son en realidad las ejecutorias correspondientes a aquellos dos delitos contra la salud pública de 1986 y 1990, según se infiere del documento número 6 del expediente administrativo, subrayando la lejanía en el tiempo de meritos antecedentes penales, que, además, están cancelados....”.

(...).

En el caso que examinamos no se ha cuestionado que D. Everardo reuniese los requisitos reglados. Tampoco se han aducido motivos de orden público o de interés nacional para basar en ellos una decisión denegatoria, ni se ha suscitado controversia en cuanto al suficiente grado de integración en la sociedad española. Sobre esto último, aunque no se afirma de manera expresa y clara el cumplimiento de este requisito de integración en la sociedad española, la sentencia viene a admitirlo de manera implícita cuando señala “... que el arraigo familiar o laboral no basta para el éxito de la pretensión actora si falta aquella exigencia de la buena conducta cívica”.

(...).

Por tanto, la existencia de una condena penal no excluye la apreciación de buen conducta, pues, como sucede en el caso que examina la sentencia de 17 de diciembre de 2008 (casación 1149/2005), aquel dato negativo puede quedar contrarrestado por otros elementos positivos resultantes del expediente administrativo o de las actuaciones que pongan de manifiesto circunstancias favorables para el reconocimiento de una buena conducta. Sin embargo, en el caso que nos ocupa el solicitante de la nacionalidad española no ha aportado ningún dato que apunte en ese sentido; y esto es precisamente lo que lleva a la Sala de instancia a afirmar que no ha sido justificada la buena conducta cívica. Tal conclusión resulta acomodada a la doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar y por ello el recurso de casación debe ser desestimado».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 24 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 354/2008.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Nacionalidad: buena conducta cívica. Prescripción falta de amenazas.

Nacionalidad

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la parte actora contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad española por no haber justificado buena conducta cívica como consecuencia de la denuncia por amenazas formulada por su mujer contra él.

«Las resoluciones administrativas denegaron la concesión de la nacionalidad al considerar que el interesado no había justificado suficientemente buena conducta cívica en atención al antecedente de la denuncia por amenazas formulada por su mujer el 24 de febrero de 2000. En relación con el mentado antecedente es de notar lo siguiente. En la indicada fecha la entonces esposa del recurrente presentó una denuncia en Madrid ante el correspondiente servicio policial en la que se recoge lo siguiente: “Que hace un año y medio que se casó, en Marruecos, con Felipe, –no teniendo hijos de dicho matrimonio. Que en el mes de junio pasado, su marido la abandonó, desconociendo desde entonces su paradero. Que estuvo recibiendo llamadas de su marido durante unos días, en junio, diciéndola que iba a enviar ‘un argelino’ para hacerla algo malo y que además se divorciaría de ella cuando él quisiera; que si ella bajaba a Marruecos para solicitar el divorcio, en la aduana la detendrían e impedirían volver a España, lo que es posible por las leyes de su país. Que no tiene más que manifestar–”. El 24 de marzo de 2000 la policía comunicó al Juzgado de Instrucción n.º 24 de Madrid que no se había podido llevar a cabo la citación de la denunciante (esposa del ahora recurrente) por no residir en el domicilio que indicó en su denuncia y hallarse en paradero desconocido. El 1 de abril de 2000 se dictó por el susodicho Juzgado de Instrucción un auto decretando el archivo provisional de las actuaciones (...) al encontrarse el denunciado en ignorado paradero, manteniéndose la petición a la Dirección General de la Policía para la averiguación del paradero del denunciado. Al parecer el demandante se personó el 2 de julio de 2001 en las dependencias de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación en Madrid para cumplimentar los trámites relacionados con el permiso de trabajo y residencia, ente-

rándose entonces de que tenía interesada la averiguación de su paradero, facilitando en aquel momento su domicilio, que comunicó personalmente al Juzgado mediante comparecencia que tuvo lugar el 5 de julio de 2001 ante la oficina judicial. El 10 de julio de 2001 se dictó por el Juzgado de Instrucción n.º 24 de Madrid un auto reputando falta los hechos objeto de la sobredicha denuncia, dictándose otro auto en 31 de agosto de 2001 archivando el juicio de faltas (...) por razón de prescripción. Por otra parte, obra en el expediente administración una comunicación policial de 9 de marzo de 2007 en relación con la cancelación total de los antecedentes de carácter policial del interesado.

(...).

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, hace hincapié en la inexistencia de antecedentes penales y policiales, en los informes favorables del Ministerio Fiscal y del Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil, en la falta de intervención del recurrente en las circunstancias que motivaron la prescripción y en el escaso interés de la denunciante en la prosecución del procedimiento al no haber podido ser citada en el domicilio que indicó en la denuncia, que además pone en duda la veracidad de los hechos denunciados, habiéndose producido la denuncia en un período de crisis matrimonial, a lo que se añade la escasa entidad penal del hecho denunciado y la lejanía respecto de la fecha de la solicitud de la nacionalidad, por lo que termina suplicando que se declare su derecho a la obtención de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

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 pena-

Nacionalidad

les o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, siendo así que en el caso, y ciñéndonos a la razón determinante de la decisión administrativa combatida, puede afirmarse de lo actuado que la línea de conducta del demandante responde básicamente –en lo que ahora interesa– al patrón del ciudadano medio, salvo en lo atinente al antecedente que consideró el acto impugnado como impedimento para la concesión de la nacionalidad. En relación con el meritado antecedente es de observar que el ahora demandante aparecía como denunciado en el procedimiento de juicio de faltas (...), que fue archivado por prescripción en virtud del auto de 31 de agosto de 2001, siendo de advertir que de lo actuado no aparece que el demandante fuera responsable o tuviera algún tipo de intervención en las circunstancias que determinaron la prescripción, a lo que se suma la ausencia de indicios de verosimilitud de la propia denuncia que –al parecer– no llegó a ser ratificada a presencia judicial al no poder ser citada la denunciante en el domicilio que ella misma indicó en la denuncia y hallarse en paradero desconocido, concurriendo, por otra parte, la circunstancia de la relativa lejanía de los hechos denunciados que, según la denuncia, se produjeron en junio de 1999 y no se denunciaron hasta el 24 de febrero de 2000, de tal forma que se desvanece la causa que motivó la denegación de la nacionalidad española al demandante pues el antecedente que supuso la meritada denuncia presentada en esta última data carece de relevancia como elemento que se interpone en la trayectoria personal del interesado a la hora de negarle el requisito de la buena conducta cívica, cuyo requisito concu-

rre en el caso en función de las demás circunstancias personales del actor que vimos más arriba, de donde que el recurso deba prosperar al desfallecer la motivación del acto recurrido, que en atención a cuanto queda precedentemente expuesto y razonado ha de ser anulado».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 31 de marzo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 491/2007.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Nacionalidad: falta de conocimiento del idioma.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente quien, al desconocer el idioma español, no puede acreditar un necesario grado de integración en la sociedad española.

«El recurrente es natural de Marruecos, nació el 2 de septiembre de 1973, contrajo matrimonio con una ciudadana española el 30 de junio de 2000, fruto de cuyo matrimonio nació una hija el 27 de julio de 2002, obtuvo la TFRC en 8 de enero de 2002, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes de la Ciudad Autónoma de Melilla, no ha aportado el correspondiente informe de vida laboral y sí, en cambio, la declaración del IRPF del año 2002.

La solicitud de nacionalidad origen de la *litis* se presentó el 23 de abril de 2004, informando desfavorablemente en su tramitación el Ministerio Fiscal y el Encargado del Registro Civil en atención a un deficiente grado de integración del interesado en la sociedad española.

La decisión administrativa puesta en tela de juicio se basó con carácter principal en el acta de 28 de abril de 2004 que recoge la comparecencia del interesado a los efectos del artículo 221 del RRC, y en la que se expresa lo siguiente: “preguntado manifiesta que viene para pedir la nacionalidad, que se casó hace 4 años. No sabe escribir y no sabe leer. Lleva

Nacionalidad

viviendo en España 4 años. Es comerciante, tiene una tienda de ropa, utiliza mucho el árabe, no habla español porque comenta que no ha estudiado, y porque tiene un poco dura la cabeza”.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, alega que el recurrente ha venido asistiendo a clases de alfabetización desde el año 1988 hasta el 1994 y que la resolución combatida se ha debido a un error en la apreciación de la prueba, señalando “a mayor abundamiento” que se solicita la nacionalidad “por matrimonio al haber contraído matrimonio con ciudadana española y residir de forma permanente en España desde el año 2002”, cita la jurisprudencia que considera de interés y termina suplicando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en la contestación a la demanda.

(...).

En el supuesto que ahora nos ocupa es posible afirmar el arraigo familiar del demandante, cuyo arraigo familiar, sin embargo, no llena por sí mismo el requisito legal del suficiente grado de integración en la sociedad española. Las razones aducidas por la Administración demandada para fundar su decisión estriban en el deficiente conocimiento de la lengua por el interesado, cuya circunstancia no se ve contrarrestada de forma significativa por otro tipo de relaciones económicas, sociales o culturales del mismo que denoten su integración social como ineludible presupuesto para la adquisición de la nacionalidad pretendida, por lo que hemos de concluir que la actora no cumple las condiciones legales necesarias para el éxito de su acción. Es cierto que el dominio del idioma español no es el único elemento de integración social, si bien es de reconocer que malamente puede aspirarse a formar parte de la comunidad nacional sin conocer el medio de comunicación de sus miembros, pudiendo aseverarse que el conocimiento de la lengua no basta por sí mismo para afirmar el requisito de la

integración social, pero este último no es posible sin aquel conocimiento. En el caso que nos ocupa no consta que la parte actora fuera analfabeta en su lengua materna, por lo que, y dado que se trata de una persona joven, le era exigible el conocimiento de la lengua española a nivel de lectura y escritura, de que carece la recurrente según queda adverado en las actuaciones, de las que destaca el acta de 28 de abril de 2004 que refleja la comparecencia ante el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil, en cuyo documento se dice incluso que el interesado “no habla español porque comenta que no ha estudiado, y porque tiene un poco dura la cabeza”, sin que frente a ello tenga eficacia suficiente el certificado obrante en el expediente del centro socio-cultural María Inmaculada de Melilla que afirma que “Antonio ha sido alumno de este Centro asistiendo a las clases de Alfabetización, durante los cursos 87/88, 88/89, 89/90, 90/91, 91/92, 92/93, 93/94”, cuyo certificado es una prueba del interés del demandante en el aprendizaje de la lengua española, cuyo nivel de conocimiento, sin embargo, todavía resulta insuficiente para cumplir el requisito legalmente exigido de integración en la sociedad española.

Es necesario, por último, señalar que la materia de nacionalidad es eminentemente casuística, por lo que difícilmente los precedentes judiciales resultan vinculantes en aplicación del principio de igualdad, siendo de advertir que en el supuesto enjuiciado no consta el correspondiente informe que ilustre acerca de la trayectoria laboral del demandante, como tampoco constan otro tipo de relaciones económicas, culturales o sociales del interesado que vengan a demostrar su integración social y compensar en lo posible la falta del nivel de conocimiento de la lengua que le es exigible en función de sus circunstancias personales, siendo de notar que dicho requisito de integración social es personalísimo y no puede suplirse por la condición nacional de los demás miembros de la familia».

Nacionalidad

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 3 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 603/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad: buena conducta cívica. Conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra las resoluciones por las que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica «ya que según consta en la documentación que obra en el expediente fue condenado en sentencia de fecha 28 de abril de 2005 por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes».

«El recurrente, en primer lugar, aduce la indefensión padecida al no haber tenido oportunidad de formular alegaciones respecto a la existencia de una condena penal por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que finalmente fue tomada en consideración como motivo determinante de la denegación de la nacionalidad solicitada. Y por lo que respecta al fondo aduce en apoyo de su pretensión que si bien es cierto que fue condenado penalmente por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y cumplió con la pena impuesta, tratándose de un hecho aislado que no puede impedir la concesión de la nacionalidad española solicitada. Por el contrario desde su llegada a España ha sido respetuoso con las normas sociales imperantes, ha trabajado y se encuentra dado de alta en la Seguridad Social, sin haber tenido ningún otro incidente con la policía.

(...).

Y con relación a la citada cuestión consideramos que el recurrente no ha demostrado su buena conducta cívica, pues con posterioridad a su solicitud de nacionalidad (fecha en octubre de 2003) consta que fue condenado penalmente por sentencia firme (...) por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a la pena de 10 meses y 20 días de privación del permiso de conducir y multa.

Este delito ha sido valorado en anteriores ocasiones por el Tribunal Supremo para apreciar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica en relación con la obtención de la nacionalidad española, afirmando en sus sentencias de 24 de mayo de 2004 (rec. 1862/2000) y 15 febrero de 2007 (rec. 3756/2002) “en el ordenamiento jurídico español –y esto es extensivo al derecho penal del llamado mundo occidental– la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas está tipificada como delito, es decir que es algo que en modo alguno puede incluirse en lo que el Código civil llama buena conducta cívica”.

(...).

Así las cosas, parece razonable, si estuviéramos enjuiciando los hechos desde una perspectiva penal, que no baste una condena para calificar a un sujeto de persona de mala conducta. Pero no estamos resolviendo un proceso penal, sino un problema de concesión de nacionalidad. Y esto es ya distinto, habida cuenta lo que supone el obtenerla. Y por eso no puede decirse que, a estos efectos, esa única condena carezca de trascendencia para valorar si concurre en quien pide la nacionalidad el requisito de la buena conducta cívica. (...).

Pero es que, además, ese dato de la comisión de un delito –delito, que no mera infracción administrativa– de conducir un automóvil bajo la influencia de bebidas alcohólicas, hay que integrarlo con ese dato de afirmar en su solicitud de concesión de nacionalidad que nunca ha infringido las leyes españolas, siendo así que había sido condenado por ese delito, y ese otro dato de decir en ese mismo escrito de solicitud, que aportaba certificado expedido por el Registro Central de Penados y Rebeldes acreditativo de la carencia de tales antecedentes, siendo así que lo que aportaba es precisamente el certificado acreditativo de condena.

Por otra parte, se trata de un hecho acaecido con posterioridad a la solicitud de la nacionalidad y por

Nacionalidad

lo tanto coetáneo a la tramitación del expediente administrativo, por lo que resulta revelador de su conducta actual antisocial y grave que permite llegar a la conclusión de que el recurrente no cumple con el requisito de buena conducta cívica».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 3 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 616/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad: buena conducta cívica. Detención por hurto, lesiones y robo.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad española al no haberse acreditado la buena conducta cívica necesaria.

«El presente recurso se impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 13 de junio de 2006, confirmada en reposición por resolución de 12 de marzo de 2007, por las que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente al considerar que no quedaba justificada su buena conducta cívica ya que “según consta en la documentación que obra en el expediente tiene los siguientes antecedentes: 1) fue detenido en Ibiza el 3 de septiembre de 1991 por supuesto hurto, (...) archivado por estar extinguida la condena y prescrita la pena, 2) fue detenido en Ibiza el 13 de septiembre de 1991 por supuestas lesiones y resistencia/desobediencia, (...), sentencia absolutoria 3) fue detenido en Ibiza el 3 de octubre de 1991 por robo con fuerza en las cosas (...), sentencia absolutoria. 4) El 10 de mayo de 1993 (...) el juzgado de lo Penal de Ibiza interesa búsqueda, detención y personación, procedimiento archivado por estar extinguida la condena y prescrita la pena. La cancelación/el sobreseimiento de los mismos/la prescripción del delito o falta no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante”.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que los antecedentes que se mencionan en la resolución administrativa se trataron de meras detenciones policiales que finalizaron por dos sentencias absolutorias y un Auto de prescripción y archivo, por lo que no pueden tomarse como base o soporte en el basar la afirmación de una mala conducta cívica. El recurrente afirma que “realizó un acto penalmente perseguible, si bien esos actos se remontan al año 1991. En las otras ocasiones mi representado no tuvo implicación ni participación alguna constando sentencias absolutorias firmes que así lo confirman”. La detención en Ibiza el 3 de septiembre de 1991 por un supuesto hurto se tramitó ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ibiza y posteriormente se convirtió en un procedimiento abreviado (núm. 54/93) que correspondió al Juzgado Penal núm. 1 de Ibiza, constando que el juzgado lo declaró en busca y captura si bien el procedimiento fue archivado por prescripción de la pena; respecto a la detención que tuvo lugar en Ibiza el 13 de septiembre de 1991 por un presunto delito de lesiones y daños se tramitó como juicio de faltas que finalizó por sentencia Absolutoria de 17 de marzo de 1993 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Ibiza; respecto a la detención que tuvo lugar en Ibiza el 1 de octubre de 1991 se dictó sentencia absolutoria el 15 de octubre de 1992.

(...).

Lo cierto es que al tiempo de valorar la conducta cívica del recurrente, en cuanto trayectoria personal durante su estancia en territorio español, consta que fue detenido en varias ocasiones por la policía a lo largo del año 1991 momento en el que residía ilegalmente en España, pues según se acredita por el certificado del Ministerio del Interior su residencia legal en nuestro país se remonta tan solo a junio de 2000 y sin embargo las detenciones y los procesos judiciales seguidos contra él se refieren al año 1991 y 1993. También consta que por estos hechos se instruyeron actuaciones penales que si bien en dos de los procedimientos concluyeron con sendas sentencias absolutorias en otro de ellos que se tramitó

Nacionalidad

por un supuesto delito de hurto ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ibiza y posteriormente se convirtió en un procedimiento abreviado (núm. 54/93) que correspondió al Juzgado Penal núm. 1 de Ibiza, el juzgado lo declaró en busca y captura aunque finalmente el procedimiento penal fue archivado por prescripción de la pena. Es más el recurrente en su demanda afirma que “realizó un acto penalmente perseguible, si bien esos actos se remontan al año 1991” es cierto que dicho procedimiento en el que se dictó una orden de busca y captura contra el recurrente, según consta en la certificación expedida por la secretaria del juzgado de lo penal núm. 1 de Ibiza, fue finalmente archivado al haber prescrito la pena.

El hecho de que el proceso penal iniciado contra el recurrente no concluyese con una sentencia, al haberse archivado por prescripción, no impide que los hechos que las motivaron puedan ser valorados al margen del proceso penal para apreciar la concurrencia del requisito de buena conducta cívica, máxime cuando de la existencia de una orden de busca y captura contra el mismo en esa causa parece desprenderse que ese archivo estuvo motivado por su falta de localización por los tribunales de justicia, conducta que por sí misma es reveladora de una mala conducta cívica que debe ser tomada en consideración a los efectos que nos ocupa, sin que el recurrente haya desplegado ninguna actividad probatoria destinada a demostrar los motivos que justificaron la prescripción y su desvinculación con los hechos.

La trayectoria del recurrente en nuestro país y especialmente su conducta en este último procedimiento penal dista mucho de poder ser considerada una buena conducta cívica, tal y como exige nuestro Código Civil para poder adquirir la nacionalidad española por residencia, sin que, por otra parte, existan datos positivos suficientes que sirvan para desvirtuar la apreciación negativa que se desprende del conjunto de la documentación aportada, lo cual nos conducen a considerar que el recurrente no ha demostrado, tal y como le incumbía el cum-

plimiento de este requisito legal necesario para poder adquirir la nacionalidad española solicitada».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 7 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 663/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Nacionalidad: procedimiento penal sobreseído.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad española por residencia al no haber justificado suficiente buena conducta cívica ya que, según consta en la documentación que obra en el expediente, tiene antecedentes por un delito contra los derechos de los trabajadores.

«El presente recurso se impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 3 de abril de 2007, confirmada en reposición por resolución de 18 de junio 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 fecha 11 de febrero de 2004 por un delito contra los derechos de los trabajadores. El sobreseimiento de los mismos no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante”.

La recurrente aduce en apoyo de su pretensión que si bien es cierto que contra la recurrente se siguieron actuaciones penales (...) por el Juzgado de Instrucción de Loja por un presunto delito contra el derecho de los trabajadores, dichas actuaciones se sobreseyeron al no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito (...), careciendo de antecedentes penales. Por otra parte, alega que convive con su pareja de nacionalidad española teniendo un hijo en común, encontrándose plenamente adaptada al estilo de vida españoles, al ser su nacionalidad actual la argentina.

Nacionalidad

(...).

En el supuesto que nos ocupa resulta acreditado que la recurrente, de nacionalidad argentina, reside legalmente en España desde marzo de 2000 habiendo solicitado la nacionalidad en mayo de 2005, durante este tiempo ha estado trabajando y cotizando a la Seguridad Social durante casi tres años; convive con un español y tienen un hijo en común; carece de antecedentes penales y tan solo consta que fue detenida en febrero de 2002, hecho por lo que se tramitó un procedimiento penal contra ella por la supuesta comisión de un delito contra los trabajadores que fue finalmente sobreseído provisionalmente por Auto de 11 de febrero de 2004 al amparo del artículo 641,1 de la LeCrim al considerar que “de lo actuado no aparece debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa”.

Es por ello que resulta acreditado un cierto arraigo personal y profesional en nuestro país, cumpliendo con sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, y si bien es cierto que se inició un procedimiento penal contra ella, no lo es menos que se trató de un hecho aislado, sin que la mera apertura de unas diligencias penales, que fueron sobreseídas al considerar que los hechos no eran constitutivos de delito, pueda convertirse en un obstáculo que impida la adquisición de la nacionalidad española tal y como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala Tercera, Sección sexta, de 19 de diciembre de 2008 (rec. 8528/2004) siempre que concurren, como en el caso que nos ocupa, otros elementos positivos de los que se desprenda otros datos de signo positivo en su comportamiento en territorio español».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 23 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 442/2007.

Ponente: Don Fernando de Mateo Menéndez.

Voz: Nacionalidad por residencia: falta de integración. No sabe leer ni escribir.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad española; se aprecia una ausencia de esfuerzo en la formación del actor orientada al conocimiento de las instituciones básicas por las que se rige nuestra sociedad que permita constatar su clara voluntad de involucrarse en nuestra sociedad de forma permanente y arraigada con la perspectiva de adquirir la condición de español con los derechos y obligaciones que ello conlleva.

«El demandante impugna la resolución de 30 de enero de 2007 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, por la que se denegó al actor la concesión de nacionalidad por residencia.

Alega el actor, de nacionalidad marroquí, como fundamento de su pretensión, que reside legalmente en España desde el año 1992, que es un elemento decisivo a la hora de considerar su integración en la sociedad española, habiendo asistido a varios cursos de alfabetización de adultos. La solicitud de nacionalidad se presentó el día 18 de marzo de 2004.

(...).

En el presente caso, según se desprende del expediente, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que no sabe leer y escribir en español.

(...).

Y aunque este Tribunal ha concedido una mayor relevancia al dominio de nuestro idioma a nivel de expresión oral respecto a su lectura y escritura en determinadas circunstancias, no debe obviarse que su integración social en España también depende en gran medida de su capacidad para comunicarse por medios escritos, pues su incapacidad para leer y escribir en el idioma oficial del que pretende ser

Nacionalidad

nacional implica también un importante grado de aislamiento y marginación incompatibles con su debida integración en la sociedad española. En el caso que nos ocupa, hay que tener en cuenta la comparecencia del actor ante el Encargado del Registro Civil, de una especial importancia por su inmediatez, celebrada el 21 de junio de 2004, en la que aquel obtuvo la impresión que el aquí demandante si entendía con suficiencia la lengua castellana, pero que no sabía leer ni escribir en lengua castellana, y en cambio, sí en árabe.

La imposibilidad de poder leer y escribir en nuestro idioma en personas relativamente jóvenes, el actor nació en el año 1959, que llevan muchos años residiendo en España también ha sido considerado por este Tribunal como un elemento indicativo de la falta de voluntad real de integrarse en nuestra sociedad. Y ello, porque no se trata de la concesión de un permiso que le habilite para residir y trabajar en nuestro país, sino ante la solicitud destinada a obtener la nacionalidad española que lleva consigo, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2003 y esta misma Sección en numerosas sentencias, la adquisición de la condición de ciudadano español adquiriendo el derecho a participar en los asuntos públicos, en los sufragios electorales e incluso a acceder a las funciones y cargos públicos, lo cual implica una situación claramente diferenciada de la mera residencia y trabajo en España, por lo que su integración efectiva en nuestra sociedad debe ser analizada de forma más rigurosa que si de una mera residencia legal en nuestro país se tratase.

A tal efecto, este Tribunal viene considerando un indicador muy importante la edad del solicitante y su voluntad de suplir sus carencias formativas con un esfuerzo personal de formación durante su estancia en España, especialmente cuando esta residencia es prolongada, pues la mera presencia en nuestro territorio pone de manifiesto un interés por permanecer y trabajar en España pero para poder adquirir la nacionalidad española dicha residencia debe ir

acompañada de un esfuerzo en su formación y en el conocimiento de las instituciones básicas por las que se rige nuestra sociedad que permita constatar su clara voluntad de involucrarse en nuestra sociedad de forma permanente y arraigada con la perspectiva de adquirir la condición de español con los derechos y obligaciones que ello conlleva, máxime cuando el propio Estado, a través de sus servicios asistenciales, y organizaciones no gubernamentales ponen a disposición de la población inmigrante cursos de alfabetización destinados a completar su formación e integración en nuestra sociedad, y, además, en el caso que nos ocupa, el demandante sabe leer y escribir en árabe.

Por tanto, en virtud de lo expuesto hay que no se puede entender acreditado el requisito de integración exigido en el Código Civil, y, en consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 30 de abril de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 937/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: falta de integración en la sociedad española.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución denegatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia sobre la base de no haber justificado suficientemente buena conducta cívica al aparecer condenada en sentencia por un delito de falsedad en documento oficial.

«En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 17 de septiembre de 2007 denegatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia sobre la base de no haber justificado suficientemente buena conducta cívica al aparecer condenada en sentencia de 29 de enero de 2002 por un delito de falsedad en documento oficial.

Régimen comunitario

En la demanda se sostiene que los antecedentes penales derivados de tal sentencia pueden entenderse cancelados y que su trayectoria posterior ha sido y es intachable.

(...).

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 14 de junio de 2005, siendo la recurrente nacional de Ecuador. Se aporta hoja laboral de la que a fecha 13 de junio de 2005 resultan 665 días de cotización. Tiene vivienda en propiedad y no constan declaraciones de impuestos. Ha cursado primero de bachillerado en el año académico 2007/2008 en el IES «Ricardo Ortega» de Murcia superando el curso en la convocatoria de junio con buenas notas.

El expediente refleja que la recurrente fue condenada en sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 8 de los de Madrid de 29 de enero de 2002 por delito de falsedad en documento oficial (hechos de 30 de diciembre de 2000). Con fecha 29 de mayo de 2002 se acordó suspender por plazo de dos años la ejecución de la pena privativa de libertad, habiéndose abonado la multa impuesta y sin que conste la remisión definitiva de la condena. Los antecedentes penales resultantes de dicha condena se han cancelado en 2008.

Por ello no se puede, sin más, confirmar la buena conducta cívica pretendida ya que a la data de la solicitud (2005) nos encontramos con una condena en firme (2002) por hechos con relevancia delictiva muy próximos en el tiempo en su comisión (2000) y enmarcados en una no muy dilatada residencia legal previa ya que en el caso de la recurrente tal residencia legal se remonta al 21 de mayo de 2001. La entidad de estos antecedentes penales y su proximidad a la solicitud no puede entenderse compensada por el simple devenir de su trayectoria personal posterior, aunque esta trayectoria que ha de reconocerse positiva. Además con la afirmación por la hoy actora, al solicitar la nacionalidad, de que

carecía de antecedentes penales, la recurrente vino a demostrar una clara deslealtad argumental, con ocultación de hechos relevantes de tal manera que la existencia de la condena a la que nos venimos refiriendo solo se puso de manifiesto por conducto de la DGRN y una vez que ya habían emitido su informe el Juez encargado y el Fiscal.

(...).

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 23 de abril de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-167/2008.

Ponente: Sr. Levits.

Voz: Cooperación judicial en materia civil: concepto de «parte».

Resumen: El Tribunal señala que el artículo 43.1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que un acreedor de un deudor no puede interponer un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de ejecución si no ha intervenido formalmente como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor haya solicitado tal ejecución.

«La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 43, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (...).

Régimen comunitario

Dicha petición se planteó en el marco de un litigio entre algunos acreedores del Central Bank of Iraq (en lo sucesivo, "CBI"), a saber, Draka NK Cables Ltd, con domicilio social en Finlandia, AB Sandvik International, con domicilio social en Suecia, VO Sembodja BV, con domicilio social en los Países Bajos y Parc Healthcare International Ltd, con domicilio social en Irlanda (en lo sucesivo, conjuntamente, "demandantes"), y otro acreedor del CBI, a saber, Omnipol Ltd, con domicilio social en la República Checa (en lo sucesivo, "Omnipol"), en relación con una resolución que otorga el exequátur dictada por el Rechtbank van eerste aanleg te Brussel por la que se autoriza la ejecución de una sentencia del Gerechtshof te Amsterdam de 11 de diciembre de 2003 referente a los créditos de Omnipol contra el CBI.

(...).

Las demandantes y Omnipol se ven afectadas por el reparto equitativo de las cantidades pertenecientes al CBI.

El importe del crédito de Omnipol corresponde a la mitad del total de los créditos contra el CBI. Omnipol funda su crédito en una sentencia del Gerechtshof te Amsterdam de 11 de diciembre de 2003.

El Rechtbank van eerste aanleg te Brussel autorizó la ejecución de dicha sentencia en virtud de los artículos 38 y siguientes del Reglamento núm. 44/2001.

Las demandantes interpusieron conjuntamente un recurso contra dicha resolución de exequátur, al amparo de la "acción oblicua", en el sentido del artículo 1166 del Burgerlijk Wetboek belga y del artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001, con el fin de impedir la ejecución de la sentencia dictada por el Gerechtshof te Amsterdam.

El 14 de noviembre de 2005, el Rechtbank van eerste aanleg te Brussel declaró la inadmisibilidad de dicho recurso al considerar que, si bien el artículo

1166 del Burgerlijk Wetboek belga reconoce a los acreedores el derecho a ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, éstos no pueden ser considerados "partes" a efectos del artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001. En efecto, el procedimiento de exequátur de dicho Reglamento prevé un sistema completo e independiente de recursos que no incumbe al legislador nacional completar.

Las demandantes promovieron un recurso de casación contra dicha resolución. Sostienen que debe considerarse "parte" al acreedor que, al amparo de la acción oblicua, ejerce los derechos del deudor en el sentido del artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001, siempre que el deudor fuera parte en el procedimiento extranjero.

El Hof van Cassatie declaró que, aunque, en el ámbito de los recursos, el Reglamento núm. 44/2001 tenga el mismo objetivo que el Convenio de Bruselas, el texto del artículo 43, apartado 1, de dicho Reglamento se deslinda del texto de la disposición análoga contenida en dicho Convenio.

En efecto, el artículo 36 del Convenio de Bruselas establecía que la parte contra la que se hubiera solicitado la ejecución de la sentencia controvertida en el asunto principal podía interponer recurso contra la resolución que autorizara dicha ejecución, mientras que el artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 establece un recurso a favor de "cualquiera de las partes" contra la resolución relativa a la solicitud de ejecución de esa sentencia.

Al examinar esta evolución en el texto de las disposiciones de Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional remitente consideró que no podía darse por sentado que debiera seguir aceptándose la interpretación del artículo 36 del Convenio de Bruselas dada por el Tribunal de Justicia (...), según la cual los recursos contra la declaración de ejecución sólo pueden interponerse por las partes de la sentencia extranjera, lo cual excluye cualquier re-

Régimen comunitario

curso por parte de terceros interesados contra la resolución que otorga el exequátur.

En estas circunstancias, el Hof van Cassatie decidió suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Debe considerarse ‘parte’, en el sentido del artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001, al acreedor que ejercite una acción en nombre y por cuenta de su deudor, es decir, una parte que puede interponer un recurso contra una resolución sobre una solicitud de ejecución, aunque formalmente no haya actuado como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor formuló tal solicitud?”

(...).

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

El artículo 43, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que un acreedor de un deudor no puede interponer un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de ejecución si no ha intervenido formalmente como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor haya solicitado tal ejecución».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 28 de abril de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-420/2007.

Ponente: Sra. Silva de Lapuerta.

Voz: Competencia judicial. Chipre: Suspensión de la aplicación del acervo comunitario.

Resumen: El Tribunal señala que la suspensión de la aplicación del acervo comunitario en las zonas de la República de Chipre en las que el Gobierno de este Estado miembro no ejerce un control efectivo, no se opone a la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, a una resolución dictada por un tribunal chipriota con sede en la zona de la isla efectivamente controlada por el Gobierno chipriota, pero relativa a un inmueble sito en aquellas zonas.

«La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación, por una parte, del Protocolo núm. 10 sobre Chipre, del Acta relativa a las condiciones de adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión (...), “Protocolo núm. 10”), y, por otra parte, de algunos aspectos del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (...).

Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Apostolides, de nacionalidad chipriota, y el Sr. y la Sra. Orams, un matrimonio de nacionales británicos (en lo sucesivo, “matrimonio Orams”), a propósito del reconocimiento y la ejecución en el Reino Unido, conforme al Reglamento núm. 44/2001, de dos sentencias dictadas por el Eparchiako Dikastirio tis Lefkosias (Chipre).

(...).

El procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente tiene por objeto el reconocimiento y la eje-

Régimen comunitario

cución en el Reino Unido, conforme al Reglamento núm. 44/2001, de dos sentencias del Eparchiako Dikastirio tis Lefkosias (en lo sucesivo, “resoluciones controvertidas”) relativas a una acción ejercitada por el Sr. Apostolidis contra el matrimonio Orams sobre un bien inmueble (en lo sucesivo, “inmueble”).

El inmueble se halla sito en Lapithos, distrito de Kyrenia, que forma parte de la zona norte. Era propiedad de la familia del Sr. Apostolidis, que lo usaba antes de que el ejército turco invadiera Chipre en 1974. La familia del Sr. Apostolidis, perteneciente a la comunidad grecochipriota, fue obligada a abandonar su casa y se estableció en la zona de la isla efectivamente controlada por el Gobierno chipriota (en lo sucesivo, “zona bajo control gubernamental”).

El matrimonio Orams afirma haber adquirido el inmueble en 2002 de buena fe a un tercero que, a su vez, lo había adquirido a las autoridades de la República Turca de Chipre del Norte, entidad que, actualmente, no ha sido reconocida por ningún Estado excepto la República de Turquía. Las adquisiciones sucesivas fueron conformes con la ley de dicha entidad. El matrimonio Orams construyó una casa en el terreno y con frecuencia lo ocupa como residencia vacacional.

Hasta abril de 2003 el movimiento de personas entre la zona norte y la zona bajo control gubernamental estuvo sometido a restricciones.

El 26 de octubre de 2004, el Eparchiako Dikastirio tis Lefkosias, un órgano jurisdiccional chipriota con sede en la zona bajo control gubernamental, dictó sendas cédulas de emplazamiento en el procedimiento iniciado por el Sr. Apostolidis contra el matrimonio Orams. Dichas cédulas, una para cada esposo, fueron entregadas el mismo día a la Sra. Orams en la dirección del inmueble, por un agente judicial de dicho tribunal. Ambas cédulas fueron notificadas mediante su entrega en mano a la Sra.

Orams en persona. La Sra. Orams se negó a firmar el acta de notificación.

El agente judicial no informó a la Sra. Orams de su condición ni de la naturaleza de los documentos que le presentaba, redactados en griego, que el matrimonio Orams no entiende. No obstante, la Sra. Orams comprendió que los documentos eran de carácter jurídico y oficial.

Cada cédula declaraba, en su anverso y en griego, que, para evitar que se dictara resolución en rebeldía, era necesario que el demandado compareciera ante el Eparchiako Dikastirio tis Lefkosias dentro de los diez días siguientes a la práctica de la notificación.

A pesar de las dificultades con que tropezó para encontrar en la zona norte un abogado que hablara griego y tuviera licencia para ejercer ante los tribunales de la zona bajo control gubernamental, la Sra. Orams consiguió contratar los servicios de un abogado que cumplía estos requisitos y que se comprometió a comparecer en su nombre el 8 de noviembre de 2004. Sin embargo, no se presentó ante el citado tribunal dicho día, sino el día siguiente.

Comoquiera que el martes 9 de noviembre de 2004 aún no había comparecido nadie en el procedimiento en nombre del matrimonio Orams, el Eparchiako Dikastirio tis Lefkosias dictó sentencia en rebeldía resolviendo la demanda del Sr. Apostolidis. Ese mismo día, el citado tribunal rechazó el poder presentado por el abogado de la Sra. Orams por estar redactado en inglés, y no en griego o en turco.

Según el tribunal remitente, la sentencia en rebeldía dictada por el Eparchiako Dikastirio tis Lefkosias condena al matrimonio Orams a:

– demoler la casa de campo, la piscina y el cercado que habían levantado en el terreno;

Régimen comunitario

- ceder inmediatamente al Sr. Apostolides la libre posesión del terreno;
- pagar al Sr. Apostolides diversas cantidades en concepto de indemnización especial por daños y por el lucro cesante mensual (es decir, alquileres) hasta el cumplimiento de la sentencia, así como al pago de intereses;
- abstenerse de continuar con la intervención ilícita en el terreno, bien personalmente o por medio de agentes, y a
- pagar diversas cantidades en concepto de costas y gastos del proceso más los intereses.

El 15 de noviembre de 2004, el matrimonio Orams formuló una demanda de anulación de dicha sentencia. El 19 de abril de 2005, el Eparchiako Dikastirio tis Lefkosias, una vez practicadas las pruebas y oídas las alegaciones presentadas en nombre del matrimonio Orams y del Sr. Apostolides, desestimó el recurso del matrimonio Orams por considerar que no se había formulado una defensa razonable en impugnación del título de propiedad del Sr. Apostolides. El matrimonio Orams fue condenado en costas.

Éste recurrió en apelación la sentencia desestimatoria de su recurso. El 21 de diciembre de 2006 el Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias desestimó dicho recurso de apelación.

El 18 de octubre de 2005 el Sr. Apostolides presentó los documentos exigidos en Inglaterra para solicitar, conforme al Reglamento núm. 44/2001, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones controvertidas. Mediante resolución de 21 de octubre de 2005 un Master de la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, declaró ejecutables en Inglaterra dichas resoluciones, de conformidad con el citado Reglamento.

Comoquiera que el matrimonio Orams interpusiera un recurso contra esta resolución conforme al artículo 43 del Reglamento núm. 44/2001, un juez de la High Court of Justice anuló dicha resolución mediante sentencia de 6 de septiembre de 2006. El Sr. Apostolides interpuso recurso contra esta sentencia ante el tribunal remitente, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de dicho Reglamento.

Dadas estas circunstancias, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) (...)

¿La suspensión de la aplicación del acervo comunitario en la zona norte establecida en el artículo 1, apartado 1, del Protocolo núm. 10 (...) impide que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de la República de Chipre con sede en la zona bajo control gubernamental y relativa a un terreno en la zona norte, cuando se solicita tal reconocimiento y tal ejecución con arreglo al Reglamento (...) núm. 44/2001 (...), el cual forma parte del acervo comunitario?

2) ¿El artículo 35, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 autoriza u obliga a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y referida a un terreno situado en una zona del territorio de este Estado en la que el Gobierno de éste no ejerce un control efectivo? Concretamente, ¿contraviene tal resolución lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento núm. 44/2001?

3) ¿Puede denegarse, en virtud del artículo 34, número 1, del Reglamento núm. 44/2001, el reconocimiento y la ejecución a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro cuya sede está situada en una zona de ese Estado en la que el

Régimen comunitario

Gobierno de éste ejerce un control efectivo y referida a un terreno de ese Estado situado en una zona en la que el Gobierno de éste no ejerce un control efectivo, por la razón práctica de que la resolución no puede ejecutarse donde el terreno está situado, aunque la resolución sea ejecutable en la zona bajo control gubernamental del Estado miembro?

(...).

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

1) La suspensión de la aplicación del acervo comunitario en las zonas de la República de Chipre en las que el Gobierno de este Estado miembro no ejerce un control efectivo, prevista en el artículo 1, apartado 1, del Protocolo núm. 10 sobre Chipre, (...) y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión, no se opone a la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, (...) a una resolución dictada por un tribunal chipriota con sede en la zona de la isla efectivamente controlada por el Gobierno chipriota, pero relativa a un inmueble sito en aquellas zonas.

2) El artículo 35, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 no autoriza a un tribunal de un Estado miembro a denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada por un tribunal de otro Estado miembro y referida a un inmueble situado en una zona del territorio de este Estado en la que el Gobierno de éste no ejerce un control efectivo.

3) La circunstancia de que una resolución dictada por los tribunales de un Estado miembro respecto a un inmueble sito en una zona de ese Estado en la que el Gobierno de éste no ejerce un control efectivo no pueda ejecutarse, de hecho, en el lugar donde está sito el inmueble no constituye un motivo de denegación de reconocimiento o de ejecución con arreglo al artículo 34, apartado 1, del Reglamento

núm. 44/2001, ni implica la falta de carácter ejecutivo de tal resolución en el sentido del artículo 38, apartado 1, de dicho Reglamento.

4) El reconocimiento o la ejecución de una sentencia dictada en rebeldía no puede denegarse, conforme al artículo 34, número 2, del Reglamento núm. 44/2001, cuando el demandado ha podido interponer un recurso contra la resolución dictada en rebeldía y dicho recurso le ha permitido alegar que la cédula de emplazamiento o el documento equivalente no le habían sido entregados de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 14 de mayo de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-180/2006.

Ponente: Sr. Kassel.

Voz: Competencia judicial en materia civil. Contratos celebrados por consumidores.

Resumen: El Tribunal señala que las reglas de competencia previstas en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, deben interpretarse de manera que Una acción judicial como la ejercitada por el consumidor estaría comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 15, apartado 1, letra c), de dicho Reglamento si el vendedor se obligó jurídicamente a entregar el premio al consumidor, de manera que cuando este requisito no se cumple, dicha acción sólo está comprendida en el ámbito de aplicación de la citada disposición del Reglamento núm. 44/2001 si el consumidor ha hecho efectivamente un pedido al vendedor profesional.

«La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 15, apartado 1, letra c) del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (...).

Régimen comunitario

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Ilsinger, nacional austriaca domiciliada en Austria, y la empresa de venta por correspondencia Schlank & Schick GmbH (en lo sucesivo, “Schlank & Schick”) con domicilio en Aquisgrán (Alemania), declarada en quiebra, que tiene por objeto que se condene a dicha empresa a entregar un premio a la Sra. Ilsinger.

(...).

De los autos del litigio principal se desprende que el 19 de agosto de 2002, la Sra. Ilsinger recibió, a su nombre y en su domicilio particular, un sobre cerrado remitido por Schlank & Schick. El sobre, en el que figuraban las expresiones “¡Documentos importantes!”, “Por favor, abrir inmediatamente” y “Personal”, contenía una comunicación dirigida personalmente a la Sra. Ilsinger y que podía hacer pensar a esta última que había ganado un premio de 20.000 euros.

Al día siguiente, con el fin de obtener el pago del premio prometido, la Sra. Ilsinger retiró de un sobre adjunto al envío recibido un cupón que contenía un número identificativo, lo pegó al “certificado de reclamación del premio”, tal como se le invitaba a hacer en la comunicación, y lo remitió a Schlank & Schick.

La Sra. Ilsinger afirma haber enviado, al mismo tiempo, un pedido de prueba. Schlank & Schick, por su parte, lo niega y asegura no haber recibido ningún pedido de la interesada. Consta, en cambio, que la atribución del premio presuntamente ganado por ésta no estaba supeditada a ningún pedido de ese tipo.

Al no haber obtenido de Schlank & Schick el premio solicitado, la Sra. Ilsinger, con fecha de 23 de diciembre de 2002, presentó ante el Landesgericht St. Pölten, lugar en el que se encuentra su domicilio, una demanda contra dicha sociedad con arreglo al artículo 5j de la Ley austriaca de protección de

los consumidores, en relación con lo establecido en el artículo 16, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001.

Schlank & Schick propuso una excepción de incompetencia del tribunal austriaco, alegando en sustancia que los artículos 15 y 16 del Reglamento núm. 44/2001 no son aplicables a un litigio ante dicho órgano jurisdiccional, ya que las disposiciones invocadas presuponen la existencia de un contrato oneroso, lo cual, a juicio de la citada sociedad, no se da en el caso de autos. Además, la participación en el sorteo promocional no estaba supeditada a un pedido de mercancías, ni siquiera a un pedido de prueba sin compromiso y con derecho a devolución. Más aún, según la parte demandada, la Sra. Ilsinger no cursó ningún pedido y, por esa razón, no goza de la protección prevista para los consumidores. Schlank & Schick añade que, incluso en el caso en el que se admitiese que existe un derecho de carácter contractual, en virtud del artículo 5, número 1, del Reglamento núm. 44/2001, los tribunales austriacos carecerían de competencia, dado que el lugar de cumplimiento de la obligación pecuniaria sería, en este caso, Alemania.

Tras el inicio del procedimiento de quiebra de la parte demandada, el síndico de la misma, el Dr. Martin Dreschers, reiteró dichas alegaciones y solicitó la continuación del procedimiento.

Mediante resolución de 15 de junio de 2004, el Landesgericht St. Pölten rechazó la excepción de incompetencia propuesta por Schlank & Schick y, mediante sentencia de la misma fecha, desestimó en cuanto al fondo la demanda de la Sra. Ilsinger, considerando que la atribución del premio o la participación en el sorteo de un premio organizado por Schlank & Schick no estaban supeditadas a que se cursara un pedido firme de productos y que, por ende, la cuestión de si la demandante había cursado o no un pedido de prueba carecía de relevancia.

Régimen comunitario

Ambas partes apelaron dichas resoluciones ante el órgano jurisdiccional remitente.

El Oberlandesgericht Wien estima que, satisfecha la condición artículo 68 CE, apartado 1, la interpretación del artículo 15, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001, letra c), es necesaria para poder emitir su fallo.

En efecto, es preciso determinar si una acción como la del litigio principal se enmarca dentro del ámbito regulado por este último artículo, dado que la promesa engañosa de un premio se dirige a incitar a la otra parte a celebrar un contrato de compraventa de mercaderías, y por lo tanto a preparar un contrato de consumo, aunque aún no exista un contrato sinalagmático entre las partes.

A juicio del tribunal remitente, ya que el artículo 15 del Reglamento núm. 44/2001 no hace referencia expresa a este tipo de contratos, se podría admitir que existe una competencia en virtud de un contrato celebrado por un consumidor, en el sentido de dicho artículo, pese a que éste no hizo más que un pedido de prueba que no le ha sido exigido por el profesional, o incluso no cursó ningún pedido, como afirma Schlank & Schick.

En tales circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) El derecho reconocido a los consumidores por el artículo 5j de la (...) ‘KSchG’ (...), a poder reclamar judicialmente a las empresas el premio aparentemente obtenido cuando éstas envían (o han enviado) a un consumidor determinado promesas de atribución de un premio u otras comunicaciones similares, cuya formulación puede (o podía) hacer que el consumidor tenga la impresión de que ha ganado un premio determinado –sin hacer depender su obtención de la realización de un pedido de bienes o de un simple pedido de prueba– cuando no se

haya producido tal pedido y el premio sea reclamado por el destinatario de la notificación, ¿constituye, con arreglo al Reglamento (...) núm. 44/2001 (...), un derecho en materia de contratos o asimilado, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), [de dicho] Reglamento (...)?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Existe un derecho en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 44/2001 en el caso de que, aun cuando el derecho a reclamar el premio no dependa de la realización de un pedido de productos, el destinatario de la comunicación hubiera realizado tal pedido?”.

(...).

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

En una situación como la del litigio principal, en la que un consumidor solicita que se condene, en virtud de la legislación de un Estado contratante en el que tiene su domicilio y ante el tribunal del lugar en que éste se halla, a una empresa de venta por correspondencia, con sede en otro Estado contratante, al pago de un premio aparentemente obtenido por él, y

– cuando dicha sociedad, con la intención de incitar al consumidor contratar, dirigió a este último un envío nominal que le podía hacer pensar que se le atribuiría un premio, en cuanto remitiera el “certificado de reclamación del pago” incluido en dicho envío,

– sin que, por otra parte, la atribución de dicho premio se supeditara a un pedido de productos ofrecidos a la venta por la citada sociedad o a un pedido de prueba.

Régimen comunitario

Las reglas de competencia previstas en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, deben interpretarse de la siguiente manera:

– Una acción judicial como la ejercitada por el consumidor estaría comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 15, apartado 1, letra c), de dicho Reglamento si el vendedor se obligó jurídicamente a entregar el premio al consumidor.

– Cuando este requisito no se cumple, dicha acción sólo está comprendida en el ámbito de aplicación de la citada disposición del Reglamento núm. 44/2001 si el consumidor ha hecho efectivamente un pedido al vendedor profesional».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 14 de mayo de 2009.

Recurso por incumplimiento: C-266/2008.

Ponente: Sr. Schiemann.

Voz: Incumplimiento por España: derecho de residencia de nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos.

Resumen: Tribunal declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad.

«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 de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (...); en lo sucesivo, “Directiva”, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva o, en cualquier caso, al no haber comunicado dichas disposiciones a la Comisión.

Con arreglo a su artículo 1, la Directiva tiene por objeto definir las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada, en función de la duración de los procedimientos nacionales pertinentes, a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la ayuda a la inmigración ilegal.

A tenor del artículo 17, párrafo primero, de la Directiva, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma antes del 6 de agosto de 2006 e informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Al no haber obtenido información alguna del Reino de España en lo que atañe a las disposiciones adoptadas por éste para dar cumplimiento a la Directiva, el 16 de octubre de 2006 la Comisión dirigió a dicho Estado miembro un escrito de requerimiento instándole, con arreglo al artículo 226 de la CE, a que presentara sus observaciones.

En su respuesta fechada el 18 de diciembre de 2006, las autoridades españolas manifestaron a la Comisión que se encontraba en curso de elabora-

Régimen comunitario

ción un Real Decreto cuya finalidad era adaptar el Derecho interno a la Directiva.

El 27 de junio de 2007, la Comisión emitió un dictamen motivado instando al Reino de España a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 17, párrafo primero, de la Directiva dentro de un plazo de dos meses contado a partir de la recepción de dicho dictamen.

Mediante escrito de 7 de septiembre de 2007, las autoridades españolas informaron a la Comisión de que el proyecto de Real Decreto destinado a adaptar el Derecho interno a la Directiva debía aún obtener el dictamen favorable de algunos de los Ministerios afectados.

En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

El Reino de España solicita la desestimación de dicho recurso.

(...).

Por otro lado, el Reino de España alega que, si bien es cierto que aún no se ha llevado a cabo una adaptación completa y efectiva del Derecho interno a la Directiva, no lo es menos que ello no tiene como resultado la inexistencia absoluta de protección de los extranjeros nacionales de terceros países que hayan sido víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal y que cooperen con las autoridades competentes. En efecto, las disposiciones contenidas en el artículo 59 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (...), y en el artículo 117 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que desarrolla el mencionado artículo 59, ya garantizan ampliamente en la práctica la protección que exige la Directiva.

(...).

A este respecto, procede declarar, en primer lugar, que del examen de las disposiciones nacionales que invoca el Reino de España se desprende manifiestamente que las mismas no son suficientes para llevar a cabo una adaptación completa del Derecho interno a la Directiva, extremo éste que, por lo demás, no pone en tela de juicio dicho Estado miembro.

Por lo tanto, consta que, en la fecha en que expiró el plazo concedido en el dictamen motivado, el Reino de España no había adoptado aún todas las medidas necesarias para culminar la adaptación del Derecho interno a la Directiva.

En segundo lugar, las disposiciones nacionales mencionadas en el apartado 12 de la presente sentencia las invocó y notificó por primera vez el Reino de España en su escrito de contestación. Ahora bien, un motivo de defensa invocado tan extemporáneamente no puede tener efecto sobre la imputación basada en la falta de comunicación de las informaciones reclamadas dentro del plazo fijado en el dictamen motivado, de manera que también procede considerar fundada la imputación invocada por la Comisión que ésta basa en la inexistencia de comunicación de las medidas adoptadas para adaptar el Derecho interno a la Directiva (...). Contrariamente a lo que el Reino de España sostiene en su dúplica, a este respecto resulta irrelevante la circunstancia de que las medidas nacionales en cuestión sean, en su caso, anteriores a la adopción de la Directiva (...).

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean

Régimen comunitario

víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no ha-

ber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad.

2) Condenar en costas al Reino de España».

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

- Resolución de 6 de abril de 2009, conjunta de la Dirección General de Emigración y el Instituto Nacional de Seguridad Social, por la que se modifica la de 25 de febrero de 2008, por la que se regula el procedimiento para acceder a la asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y para pensionistas y trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en el exterior que se desplacen temporalmente al territorio nacional (BOE de 4 de mayo).
- Real Decreto 1164/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (BOE del 11).
- Orden INT/1926/2009, de 15 de julio, 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 Documentación y Extranjería en Chiclana de la Frontera (Cádiz) (BOE del 18).
- Orden INT/1926/2009, de 15 de julio, 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 Documentación y Extranjería en Chiclana de la Frontera (Cádiz) (BOE del 18).
- Real Decreto 1044/2009, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico (BOE de 23 de julio).

Crónicas legislativas

- Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE del 23).
- Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica 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, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE del 23).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Tratado sobre asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 2 de marzo de 2004 (BOE de 26 de marzo de 2009).
- Aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho *ad referendum* en Bissau el 27 de enero de 2008 y Canje de Notas de fechas 11 de julio y 29 de septiembre de 2008, efectuando rectificaciones (BOE de 3 de junio de 2009).
- Aplicación provisional del Canje de Notas de fechas 27 de noviembre de 2008 y 9 de marzo de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Serbia sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (BOE de 19 de junio de 2009).
- Instrumento de ratificación del Convenio complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay de 1 de diciembre de 1997, hecho en Segovia el 8 de septiembre de 2005 (BOE de 2 de julio de 2009).
- Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto, hecho en El Cairo el 5 de febrero de 2008 (BOE de 13 de julio de 2009).
- Convenio de traslado de personas condenadas a penas privativas entre el Reino de Arabia Saudí y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Yeddah el 27 de mayo de 2008 (BOE de 15 de julio de 2009).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/8/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DOUE, L 081, de 27 de marzo).

Crónicas legislativas

- Decisión del Consejo, de 30 de marzo de 2009, relativa a la renovación del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Federación de Rusia (DOUE, L 92, de 4 de abril).
- Reglamento (CE) núm. 279/2009 de la Comisión, de 6 de abril de 2009, por el que se modifica el anexo II de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DOUE, L 93, del 7).
- Reglamento (CE) núm. 280/2009 de la Comisión, de 6 de abril de 2009, por el que se modifican los anexos I, II y IV 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 93, del 7).
- Decisión de la Comisión, de 5 de mayo de 2009, por la que se aprueban medidas de aplicación para el mecanismo de consulta y los demás procedimientos contemplados en el artículo 16 del Reglamento (CE) Núm. 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS) (DOUE, L 117, del 12).
- Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol) (DOUE, L 121, de 15 de mayo).
- Reglamento (CE) núm. 390/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por el que se modifica la Instrucción Consular Común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con la introducción de identificadores biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado (DOUE, L 131, de 28 de mayo).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Estonia para la representación en la expedición de visados Schengen, hecho en Madrid el 11 de febrero de 2009 (BOE de 1 de junio).
- Reglamento (CE) núm. 444/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de mayo de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2252/2004 del Consejo sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros (DOUE, L 142, de 6 de junio).
- Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la celebración del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE, L 147, de 10 de junio de 2009).
- Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE, L 155, de 18 de junio).

Crónicas legislativas

- Decisión del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la celebración de un Protocolo entre la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en un Estado miembro o en Suiza (DOUE, L, 161, de 24 de junio de 2009).
- Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadotes de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE, L, 168, del 30).
- Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Antigua y Barbuda sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE, L, 169, del 30).
- Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Barbados sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE, L, 169, del 30).
- Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Mauricio sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE, L, 169, del 30).
- Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Commonwealth de las Bahamas sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE, L, 169, del 30).
- Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de las Seychelles sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE, L, 169, del 30).
- Decisión del Consejo, de 6 de abril de 2009, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de San Cristóbal y Nieves sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE, L, 169, del 30).
- Decisión del Consejo, de 19 de enero de 2009, relativa a la celebración de un Acuerdo por el que se renueva el Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República de la India (DOUE, L, 171, de 1 de julio).
- Decisión del Consejo, de 19 de enero de 2009, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Nueva Zelanda, por la otra (DOUE, L, 171, de 1 de julio).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

La agencia de derechos fundamentales propone indicadores para los derechos del niño

Tras la Comunicación de la Comisión Europea en 2006 sobre una «Estrategia para los derechos de los niños», en julio de 2007, la misma institución encargó a la Agencia europea de Derechos Fundamentales que desarrollara unos indicadores para medir cómo se aplicaban los derechos del niño en los Estados miembros de la UE. Dichos indicadores debían establecer igualmente qué grado de protección se aplica a los niños, cómo son respetados y cómo se promueven este tipo de derechos en toda la UE. La intención de estos indicadores es mostrar la situación real en la UE y en ningún momento pretenden convertirse en un seguimiento expreso de los tratados y convenios internacionales, aunque la propia Agencia de Derechos Fundamentales pretende que sean de aplicación en todos los Estados miembros de la UE.

(23 de marzo de 2009).

Decisión marco destinada a reforzar los derechos procesales de las personas

El Consejo europeo de Justicia y Asuntos de Interior ha elaborado la Decisión Marco 299/2009 con el objetivo de reforzar los derechos procesales de las personas y propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. El derecho de una persona acusada de un delito a comparecer en el juicio está incluido en el derecho a un proceso equitativo establecido en el artículo 6 del CEDH, según lo interpreta el TEDH. Este Tribunal ha declarado, asimismo, que el derecho del acusado de un delito a comparecer en el juicio no es un derecho absoluto y que, en determinadas condiciones, el acusado puede renunciar libremente a él de forma expresa o tácita, pero inequívoca. Por consiguiente, es preciso definir motivos comunes claros de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. La presente Decisión Marco tiene por objeto definir estos motivos comunes, habilitando a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución pese a la incomparecencia del imputado en el juicio, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado. La presente Decisión Marco no pretende regular los aspectos formales ni los métodos, incluidos los requisitos de procedimiento, utilizados para la consecución de los resultados especificados en ella, elementos que competen al ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros.

(30 de marzo de 2009).

(*) 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

Importantes informes sobre la situación de los menores y la homofobia en la UE

La Agencia de Derechos Fundamentales ha publicado esta semana dos informes sobre la protección, respeto y promoción de los derechos del niño y sobre la homofobia y discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, en los Estados miembros. El primero de ellos responde a una petición de la Comisión Europea, hecha en junio de 2007, y en él se refleja que la situación de muchos menores en la UE es preocupante: según los datos del Eurostat, un 19% de los menores de 16 años viven en riesgo de situación de pobreza, muchos son víctimas de violencia en sus familias, pero también en centros de acogida o asistenciales, quienes pertenecen a grupos de minorías étnicas o inmigrantes sufren discriminación en las escuelas, y en general, representan una de las principales víctimas del tráfico de seres humanos dentro de la Unión. El segundo de los informes, da cumplimiento a una petición del Parlamento Europeo, que le encomendó en 2007 un informe comparativo sobre la situación del colectivo de Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales en Europa, del que, en junio de 2008 se presentó la primera parte –análisis legal– y ahora, se publica el análisis social. En el informe se analiza la incidencia y formas que reviste la homofobia en distintos ámbitos como el deporte, la educación, el sistema de salud, por ejemplo.

(30 de marzo de 2009).

Dos nuevas propuestas en materia de explotación infantil y tráfico de personas

La Comisión europea ha enviado esta semana dos propuestas al Consejo para la adopción de dos Decisiones marco para la lucha contra la explotación sexual y pornografía infantil, y sobre la prevención y lucha del tráfico de seres humanos y protección a sus víctimas. En ambos casos, por su gravedad e importante dimensión transfronteriza, la Comisión justifica la Decisión marco como el instrumento apropiado para alcanzar los objetivos perseguidos. La propuesta en materia de explotación y abuso infantil va dirigida a asegurar la protección de los menores de los Estados miembros de cualquier delincuente nacional de la UE, por ello se aproximará al Derecho penal sustantivo de los Estados miembros y a las normas de procedimiento, de modo que formas de abuso infantil hoy no tipificadas en legislaciones nacionales, quedarán cubiertas. Los mismos objetivos persigue la propuesta sobre la Decisión marco en materia de tráfico de seres humanos; con esta propuesta, que de ser aprobada derogaría la vigente de 2002, también se persigue acercar la normativa en materia penal y de procedimiento entre los Estados miembros en mayor medida que lo establecido por la actual Decisión marco, y ello redundaría en un impacto mayor sobre el fortalecimiento del Derecho internacional y la cooperación judicial y la protección y asistencia proporcionada a las víctimas.

(30 de marzo de 2009).

Aplicación de la directiva sobre libre circulación de personas en la UE

El Parlamento Europeo ha criticado la aplicación errónea en todos los países de la UE de la directiva que regula el derecho de los ciudadanos europeos y de sus familias a circular y residir libre-

Europa en breve

II

mente en los Estados miembros, exigiendo castigos para los países infractores. Según los datos de la Comisión Europea, se han recibido más de 1.800 denuncias individuales (115 registradas), 40 preguntas del Parlamento y 33 peticiones, habiéndose iniciado cinco procedimientos de infracción por la aplicación incorrecta de esta directiva. Ningún Estado miembro ha transpuesto correctamente la norma, siendo las dos infracciones más comunes, por un lado, la de limitar la entrada y residencia de los miembros de las familias de terceros países y, por otro, exigir que los ciudadanos de la UE adjunten a las solicitudes de residencia documentos adicionales, como permisos de trabajo y justificantes de que se dispone de un alojamiento adecuado –no recogidos en la directiva–. El PE insta a los Estados miembros a que revisen y modifiquen cuanto antes la legislación y las prácticas administrativas contrarias a la legislación comunitaria; además recuerda que la directiva impone el reconocimiento de las parejas del mismo sexo en toda la UE y solicita levantar las restricciones que 11 Estados miembros han seguido estableciendo al acceso a sus mercados a los nacionales de los «nuevos» Estados miembros (fundamentalmente Rumanía y Bulgaria).
(6 de abril de 2009).

Diez años de la inclusión de Schengen en el acervo comunitario

ERA, la Academia de Derecho Europeo, organiza en su sede de Tréveris (Alemania) los días 23-24 de abril, una conferencia a propósito de los 10 años de integración del Convenio Schengen en el acervo comunitario. Suprimidas las fronteras interiores de los nuevos Estados miembros en 2008, la Conferencia tiene como objetivo explicar las medidas tomadas para compensar la supresión de las mismas, poniendo especial atención al desarrollo del Sistema de Información Schengen (SIS) y a las innovaciones que presenta el SIS II, y la discusión de las medidas propuestas para la gestión integrada de fronteras europeas. Por último, será también objeto de debate entre los asistentes –representantes de los ministerios de interior, justicia y asuntos exteriores, policía y agentes de fronteras– el apoyo del FRONTEX y en particular las primeras experiencias con los equipos de intervención rápida en frontera (RABITs en inglés).
(13 de abril de 2009).

Arranca el sistema europeo de información de antecedentes penales (ECRIS)

El Consejo ha adoptado la Decisión 2009/316/JAI por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI como respuesta a la necesidad, de que la información sobre las condenas pronunciadas contra nacionales de Estados miembros por otros Estados miembros, circule de forma más eficaz y accesible en la Unión. La presente Decisión aplica y completa los principios contenidos en la Decisión Marco 2009/315/JAI, que no tiene por objetivo armonizar los sistemas nacionales de registro de antecedentes penales, sino construir y desarrollar un sistema informatizado de intercambio de información sobre condenas entre Estados miembros. Para acelerar el desarrollo del ECRIS se prevé que la Comisión adopte medidas técnicas destinadas a ayudar a los Estados a preparar la infraestructura técnica para interconectar sus bases de datos de los registros de antecedentes penales, y dado de que el ECRIS no puede alcanzarse de forma adecuada por

Europa en breve

II

la acción individual de los Estados miembros, el Consejo podrá adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiaridad, que favorezcan una actuación coordinada a escala de la UE. (13 de abril de 2009).

Nuevo paquete normativo en materia de asilo

El Comité de Libertades Civiles del Parlamento Europeo ha aprobado un paquete de medidas para mejorar la forma de funcionamiento del sistema de asilo en la UE y fortalecer los derechos de los solicitantes de asilo. Los europarlamentarios introdujeron modificaciones a la propuesta inicial para reforzar la solidaridad entre los Estados miembros en la gestión de las solicitudes de asilo. El conjunto de medidas está compuesto por cuatro propuestas, que se presentarán al Pleno del Parlamento la próxima semana en Estrasburgo y que tratan de garantizar los niveles mínimos en el ámbito de vivienda, alimento, vestido, cuidados sanitarios, beneficios económicos, libertad de movimiento o acceso al trabajo que deben reconocerse a los demandantes de asilo, los procedimientos que aseguren su rápida tramitación, evitar la duplicidad de solicitudes por la misma persona en diferentes Estados con la implantación del sistema «Eurodac» de identificación de las huellas dactilares, y el establecimiento de una Oficina Europea de Apoyo al Asilo. (27 de abril de 2009).

El Parlamento Europeo vota la nueva política comunitaria de asilo

El Parlamento Europeo vota en la sesión Plenaria de esta semana en Estrasburgo, el paquete de medidas de política legislativa, propuesta por la Comisión y modificada por el Comité de Libertades Civiles del propio PE para incrementar la solidaridad entre los Estados miembros en la tramitación de las solicitudes de asilo. La aplicación desde 2003 del Convenio de Dublín de 1990, destinado a identificar rápidamente el Estado miembro responsable para conocer de la solicitud de asilo y evitar la multiplicidad de solicitudes en varios Estados por el mismo solicitante –a través del Eurodac, una base de datos de las huellas dactilares–, ha revelado defectos en su aplicación práctica, que la nueva regulación tiene como objetivo resolver. Las medidas que incluye el nuevo paquete de política de asilo pretenden lograr una mejor armonización de las leyes nacionales y un fortalecimiento de los derechos de los demandantes de asilo en términos de asistencia jurídica gratuita, reagrupación familiar, educación y atención sanitaria. Los europarlamentarios subrayaron repetidamente en su informe ante el Comité de Libertades Civiles, la necesidad de una mayor solidaridad entre los Estados miembros y especialmente con los países del Sur de la UE, que reciben un elevado número de solicitudes de asilo. (4 de mayo de 2009).

Recomendaciones sobre el futuro espacio europeo de justicia penal

El Pleno del Parlamento Europeo ha aprobado la pasada semana una Recomendación del Comité LIBE a la Comisión Europea, sobre el desarrollo de un futuro espacio de Justicia Penal en la UE.

Europa en breve

II

La Recomendación aborda cuestiones como la salvaguardia de los derechos fundamentales y la adopción a la mayor brevedad posible de los instrumentos jurídicos de la UE. Propone el desarrollo de normas equivalentes para los derechos procesales y la aproximación de las normas mínimas relativas a los aspectos del procedimiento penal. Asimismo, insta a la Comisión Europea a hacer un balance conjunto del estado actual de la cooperación judicial en materia penal en el seno de la UE, teniendo en cuenta tanto sus carencias como sus progresos. De la misma manera, se deberá crear un comité de sabios (juristas) encargado de elaborar un estudio sobre las analogías y las diferencias entre los ordenamientos penales de todos los Estados miembros y de presentar propuestas para el desarrollo de un auténtico espacio de justicia penal en la UE. *(11 de mayo de 2009).*

Decisión de la Comisión sobre el sistema de información de visados e intercambio de datos

La Comisión europea ha aprobado la pasada semana una decisión, aplicable a España entre otros Estados miembros, por la que se aprueban medidas de aplicación para el mecanismo de consulta y los demás procedimientos contemplados en el Reglamento 767/2008 que establece el Sistema de Información de Visados (VIS, en sus siglas en inglés) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS), definiendo los tipos de mensajes y comunicaciones que deben transmitirse entre los Estados que forman parte de este sistema. La presente Decisión constituye un acto de desarrollo del acervo de Schengen. *(11 de mayo de 2009).*

El Parlamento Europeo aprueba el Informe Europeo sobre Derechos Humanos en 2008

El Parlamento europeo aprobó la pasada semana el informe anual 2008 sobre los Derechos Humanos en el mundo. El texto promueve la Alianza de Civilizaciones, denuncia que la UE no haya investigado las prácticas de sus Estados miembros respecto a la política antiterrorista de la administración Bush y pide que el grupo peruano MRTA sea incluido en la lista europea de organizaciones terroristas. Además, critica la situación de los Derechos Humanos en Cuba, China, Rusia y Bielorrusia. El texto, insta igualmente a los Estados a fomentar el diálogo intercultural y les anima a que «promuevan los objetivos de la Alianza de Civilizaciones dentro de sus ámbitos de competencia y mantengan el apoyo político a la misma». *(11 de mayo de 2009).*

Decisión del Consejo por la que se crea la Oficina Europea de Policía (EUROPOL)

El Consejo de la UE ha emitido recientemente una Decisión, La presente Decisión sustituye a las disposiciones del Convenio, basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía. Europol tendrá su sede en La Haya, Países Bajos. Las competencias de Europol abarcarán la delincuencia organizada, el terrorismo y otras formas de

Europa en breve

II

delitos graves, en la medida en que dos o más Estados miembros se vean afectados de tal modo que, debido al alcance, gravedad y consecuencias de los actos delictivos, se requiera una actuación común de los Estados miembros. El Consejo establecerá sus prioridades para Europol, tomando en consideración en particular los análisis estratégicos y evaluaciones de las amenazas preparados por la propia Oficina europea de Policía.

(18 de mayo de 2009).

Día internacional contra la homofobia

La Agencia europea de Derechos Fundamentales ha hecho público un comunicado de prensa con motivo de la celebración del Día Internacional contra la Homofobia, celebrado el pasado domingo 17 de mayo. El director de la Agencia, Morte Kjaerum, declaró que «muchas personas experimentan discriminación, acoso y amenazas, llegando a existir, en numerosos casos, agresiones físicas. La UE se siente orgullosa de sus derechos sobre igualdad de trato y de no discriminación, y deberíamos actuar ante este tipo de situaciones para que lo siga estando». La Agencia de Derechos Fundamentales ha publicado recientemente un estudio sobre «Homofobia y discriminación en el ámbito de la orientación sexual de la UE», a petición del Parlamento Europeo, que examina la cuestión de la necesidad de nueva legislación a nivel europeo para combatir la discriminación.

(18 de mayo de 2009).

Condena a España por falta de transposición de directiva sobre inmigración

El TJCE ha dictado sentencia en el asunto C-266/08, *Comisión Europea c. España*. La Comisión Europea interpuso un recurso ante el TJCE en el que solicitaba que declarara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 81/2004, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. El 27 de junio de 2007, la Comisión Europea emitió un dictamen motivado instando a España a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 17.1 de la Directiva para comenzar su transposición dentro de un plazo de dos meses contado a partir de la recepción de dicho dictamen. Mediante escrito de 7 de septiembre de 2007, las autoridades españolas informaron a la Comisión de que el proyecto de Real Decreto destinado a adaptar el Derecho interno a la Directiva debía aún obtener el dictamen favorable de algunos de los Ministerios afectados. En tales circunstancias, la Comisión Europea decidió interponer recurso ante el TJCE, pese a la oposición de España, que alega como causa de fuerza mayor para el incumplimiento de dichas disposiciones, la celebración de elecciones en marzo de 2008, y la consecuente remodelación de los departamentos ministeriales encargados de transponer, entre otras, dicha Directiva. El TJCE (Sala Sexta) ha establecido en su sentencia que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 81/2004, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países

Europa en breve

II

que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión Europea las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad.

(18 de mayo de 2009).

El consejo aprueba la “tarjeta azul” para trabajadores extranjeros cualificados

El Consejo de la UE ha aprobado la Directiva dirigida a facilitar las condiciones de entrada y residencia en los Estados miembros de ciudadanos de terceros países para empleos cualificados. La Directiva crea un procedimiento acelerado para obtener el permiso especial de residencia y trabajo denominado «tarjeta azul», que facilita el acceso al mercado de trabajo a sus titulares y les reconoce un conjunto de derechos socio-económicos y condiciones más favorables para el reagrupamiento familiar y su circulación por toda la UE. Tras su publicación en el Diario Oficial de la UE, los Estados miembros dispondrán de un plazo de dos años para incorporar la nueva normativa a su legislación interna.

(25 de mayo de 2009).

La UE reafirma en el día de África, su cooperación con el continente africano

La Comisión Europea, con motivo de la celebración el 25 de mayo de 2009 del Día de África –que conmemora la creación en tal fecha de 1963 de la actual Unión Africana (OUA)– ha manifestado que la situación actual de crisis mundial ofrece el trabajar de forma conjunta para superar los desafíos y problemas hoy vigentes, reafirmando así el compromiso con la cooperación UE-África, que tiene como instrumento clave el Primer Plan de Acción Estratégica para 2008-2010. La Comisión ha querido recordar en tal celebración asimismo, la oportunidad para los ciudadanos de Europa y África de compartir deseos y opiniones con ocasión de las Jornadas de Desarrollo Europeo que se celebrarán en Estocolmo del 22 al 24 de octubre de 2009.

(25 de mayo de 2009).

Próximo informe sobre la discriminación de musulmanes en Europa

La Agencia de Derechos Fundamentales (FRA, en inglés) hará público el próximo 28 de mayo un informe sobre la discriminación contra musulmanes en la UE, con motivo de la conferencia internacional «La Islamofobia a debate» que se celebra en Madrid. El informe proporcionará datos sobre cómo viven la discriminación y el racismo en su vida cotidiana musulmanes por toda la UE. El informe «Centrándose en los datos 2-Musulmanes» («Data in Focus 2-Muslims») *presenta los resultados de la primera encuesta realizada a escala comunitaria sobre las experiencias de discriminación y delitos racistas contra inmigrantes y minorías étnicas (EUMIDIS– Encuesta sobre las minorías y la discriminación).* De las respuestas de los encuestados musulmanes se

Europa en breve

II

desprende que existen niveles relativamente altos de discriminación y persecución dependiendo de la minoría étnica a la que pertenecen y el país de residencia, y ello a pesar de que muchos incidentes racistas no se denuncian a la policía ni se comunican a ninguna organización.

(25 de mayo de 2009).

El Parlamento Europeo mejora la protección social de trabajadores autónomos y cónyuges colaboradores

El Parlamento Europeo exigió en su última sesión plenaria de esta legislatura, la afiliación obligatoria a la seguridad social de los cónyuges colaboradores y una baja por maternidad adaptada a la situación de los trabajadores autónomos. El pleno ha fijado así su posición sobre la directiva que regula el permiso de maternidad de los trabajadores autónomos y refuerza la protección social de los cónyuges colaboradores. Los «cónyuges colaboradores» son aquellos que participan de forma habitual en la actividad profesional del trabajador autónomo. La mayoría se encuentran en la agricultura, el comercio, las pequeñas y medianas empresas y las profesiones liberales. La Eurocámara subraya que los Estados miembros deberían tomar las medidas necesarias para que los cónyuges colaboradores se afilien obligatoriamente a los mismos regímenes de seguridad social que los trabajadores autónomos, que cubren las prestaciones por enfermedad, invalidez y vejez. El objetivo de esta medida es el reconocimiento de la contribución de los cónyuges colaboradores a la empresa familiar, ofreciéndoles la posibilidad de acogerse a una protección social equivalente a la de sus parejas. Por otro lado, los eurodiputados han decidido reenviar a la comisión de Derechos de la Mujer la Directiva que revisa la baja por maternidad.

(1 de junio de 2009).

Presentación del plan de acción para la cooperación en materia judicial e interior

El Presidente de la Comisión Europea, y el Vice-presidente Barrot informarán el próximo miércoles día 10 de junio de la adopción del Plan de Acción de la UE para la cooperación en materia judicial y asuntos interiores, conocido como el Programa de Estocolmo, en un acto que, bajo el título «Mayor libertad en una Europa más segura» se celebrará en el Edificio Berlaymont de la Comisión. Esta iniciativa presentará las principales prioridades y objetivos para el futuro desarrollo de la UE como un área de libertad, seguridad y justicia, estableciendo los medios e iniciativas concretas para alcanzarlo. El Plan, construido sobre la base de otros documentos estratégicos como el Pacto Europeo por la Inmigración y Asilo, o las Comunicaciones de 17 de junio de 2008 sobre Asilo e inmigración, E-justicia o el Plan de acción contra las drogas, presenta como áreas esenciales de la estrategia para los próximos cinco años: fortalecer los derechos de los ciudadanos, permitir la libre circulación de los ciudadanos, la salvaguarda de los ciudadanos comunitarios en una sociedad plural, y la construcción de una Europa solidaria y responsable en materia e inmigración y asilo. El programa se discutirá el próximo mes de julio en el Consejo de Justicia y Asuntos Interiores que se celebrará en Estocolmo, y se espera que sea aprobado en la Cumbre de la UE de diciembre de este año.

(8 de junio de 2009).

Europa en breve

II

La Comisión Europea revisa el programa de La Haya y perfila el de Estocolmo

La Comisión Europea ha publicado la pasada semana dos Comunicaciones en las que se analiza en materia de Justicia y asuntos de Interior en los últimos años. La primera de ellas está dedicada al Programa de La Haya (2004-2009), y la segunda está dedicada al Programa de Estocolmo, que sustituirá al de La Haya, para el período 2010-2015. En este último programa, todavía pendiente de ser debatido en el Parlamento Europeo y adoptado por el Consejo de la UE, el ciudadano europeo debe convertirse en el centro del programa, que abordará materia tales como ciudadanía, justicia, seguridad, asilo e inmigración.

(15 de junio de 2009).

Decisión del Consejo sobre firma de convenio con el Espacio Económico Europeo en materia civil y mercantil

El Consejo de la UE ha adoptado una Decisión relativa a la celebración del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, entre la UE y los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega, Suiza). A la vista del paralelismo entre los regímenes de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de los Convenios de Bruselas y Lugano, las normas del Convenio de Lugano deben ajustarse a las normas del Reglamento CE 44/2001, a fin de lograr el mismo nivel de circulación de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la UE y los Estados de la AELC interesados.

(15 de junio de 2009).

Publicada la directiva sobre «tarjeta azul» para inmigrantes cualificados

La Directiva 50/2009, recién publicada, que recoge las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, pretende contribuir a combatir la escasez de mano de obra mediante la admisión y la movilidad —para fines de empleo altamente cualificado— de nacionales de terceros países para estancias superiores a tres meses, a fin de que la UE se convierta en un destino más atractivo para estos trabajadores procedentes de todo el mundo, y contribuir a la competitividad y el crecimiento económico. Para alcanzar estos objetivos, es necesario facilitar la admisión de trabajadores altamente cualificados y de sus familias mediante el establecimiento de un procedimiento de admisión abreviado y reconociéndoles unos derechos económicos y sociales iguales a los que disfrutaban los ciudadanos europeos. La presente Directiva tiene por único objeto definir las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado dentro del régimen de la tarjeta azul UE, incluyendo los criterios de idoneidad vinculados a un umbral salarial.

(22 de junio de 2009).

Conferencia sobre nuevas medidas de control y derechos fundamentales

La Agencia Europea de Derechos Fundamentales, en colaboración con la Asociación austriaca de jueces celebraron en Viena (Austria) la pasada semana, una conferencia para discutir cómo los nuevos instrumentos de vigilancia afectan a los derechos fundamentales, ya que una mayor dependencia de este tipo de dispositivos proporcionará mayor poder a la institución que lo controle. El poder judicial se convierte en esencial en esta cuestión, como posible control. La regulación y el uso de estas tecnologías se determina, de manera creciente, por medidas adoptadas a nivel internacional y comunitario, por ello es necesario reunir a jueces y profesionales de distintos Estados miembros para el intercambio de buenas prácticas sobre este tema.

(22 de junio de 2009).

IV Foro europeo de los Derechos del niño

El IV Foro europeo de los Derechos del niño, celebrado la pasada semana, abordó esta vez un tema muy sensible: el trabajo infantil. El foro se centró especialmente en cómo la Unión Europea puede tratar y atajar este gran problema, usando las herramientas de las que dispone. Asimismo, y aun teniendo como asunto de fondo el trabajo infantil, se establecieron ponencias relacionadas con la protección social y la responsabilidad social corporativa.

(22 de junio de 2009).

Permiso parental: los interlocutores sociales firman la revisión del acuerdo marco

El nuevo acuerdo marco celebrado por la Comisión europea y por los interlocutores sociales europeos aumenta la duración del permiso parental de tres a cuatro meses por progenitor y se aplica a todos los trabajadores por cuenta ajena, independientemente del tipo de contrato. Es el resultado de seis meses de negociaciones entre los interlocutores sociales y refleja los cambios que han sufrido la sociedad y el mercado laboral desde la firma en 1995 del primer acuerdo marco sobre el permiso parental. Vladimír Špidla, Comisario europeo de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades asistió esta mañana a la firma oficial. Después de las dos fases de consulta sobre la conciliación de la vida privada, profesional y familiar en la que participaron los interlocutores sociales europeos, las organizaciones del diálogo social interprofesional optaron por la negociación de un acuerdo sobre el permiso parental. Fruto de ello fue el primer acuerdo marco a escala comunitaria, celebrado en diciembre de 1995, seguido de una directiva del Consejo en 1996 (la Directiva 96/34/CE). Casi 15 años después, los interlocutores se han reunido para revisar el acuerdo, al considerar que había llegado el momento de actualizar su contenido. Las negociaciones se iniciaron en septiembre de 2008 y concluyeron en marzo de 2009.

(22 de junio de 2009).

Europa en breve

II

Evaluación del programa del Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades (2007)

La Comisión ha adoptado esta semana una comunicación sobre la ejecución, resultados y evaluación global sobre el Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para todos en 2007, que resalta el compromiso político de los Estados miembros, las instituciones europeas y la sociedad civil como el factor más importante de su éxito. El objetivo general del Año Europeo era sensibilizar a los ciudadanos de su derecho a ser tratados de modo igual y libre de discriminación, con independencia de su sexo, origen racial o étnico, creencia política o religiosa, edad, minusvalía u orientación sexual, así como iniciar un debate a fondo sobre los beneficios de la diversidad de las sociedades europeas. En total, se organizaron 1.000 reuniones y eventos, 440 campañas a nivel nacional y más de 120 estudios e investigaciones. De los 30 países participantes (los 27 Estados miembros más Islandia, Liechtenstein y Noruega), el informe de evaluación muestra que 25 de ellos crearon estrategias nacionales, que sin este Programa no se hubieran diseñado, y una vez finalizado el 72% de los líderes nacionales esperaba que estas acciones continuaran o se repitieran más adelante. Unido a esto, la evaluación destaca que se ha fortalecido la cooperación dentro de las autoridades gubernamentales y de las organizaciones de la sociedad civil y entre ellas. Por último, hay que sumar a los logros de este Programa que disparara el debate sobre la ruptura de las barreras de la discriminación y basara la decisión de la Comisión de adoptar una nueva propuesta de Directiva en el ámbito de la discriminación en el trabajo.

(22 de junio de 2009).

Informe Anual 2009 de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales

La Agencia de Derechos Fundamentales publicó la semana pasada su Informe Anual 2009, que muestra como hecho alarmante el elevado número de gente que desconoce sus derechos y las formas para denunciar la violación de los mismos. El informe recoge información, acontecimientos y avances ocurridos en 2008, aporta material adicional sobre «racismo, xenofobia e intolerancia» e incluye una visión general del desarrollo de los derechos fundamentales en su conjunto, de acuerdo con el mandato de la Agencia. Se hace un llamamiento para incrementar la sensibilización y formación para denunciar las situaciones discriminación y fomentar las iniciativas para prevenirla, a nivel de los Estados miembros, orientándolas específicamente a los grupos más vulnerables. Además, se denuncia que la falta de conciencia social coincide también con un con una falta por parte de los Estados miembros de los mecanismos de registro, documentación o publicidad de los delitos racistas y otras situaciones discriminatorias, lo que dificulta y obstaculiza la eficacia de las políticas llevadas a cabo en contra de la discriminación.

(29 de junio de 2009).

Directrices para aplicar la directiva de libertad de circulación y residencia

La Comisión Europea ha publicado la pasada semana una guía con directrices para optimizar la transposición y la aplicación de la Directiva 38/2004 sobre los derechos de los ciudadanos europeos y de sus familiares a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea.

Europa en breve

II

La guía aclara los derechos de que disponen los ciudadanos europeos y de los que son igualmente aplicables a sus familias. Ofrece, asimismo, asistencia a los Estados miembros a la hora de tomar medidas para evitar la delincuencia en este ámbito y el abuso de situaciones como por ejemplo, los matrimonios de conveniencia.

(6 de julio de 2009).

Pensamiento de la semana: migración, Europa a examen

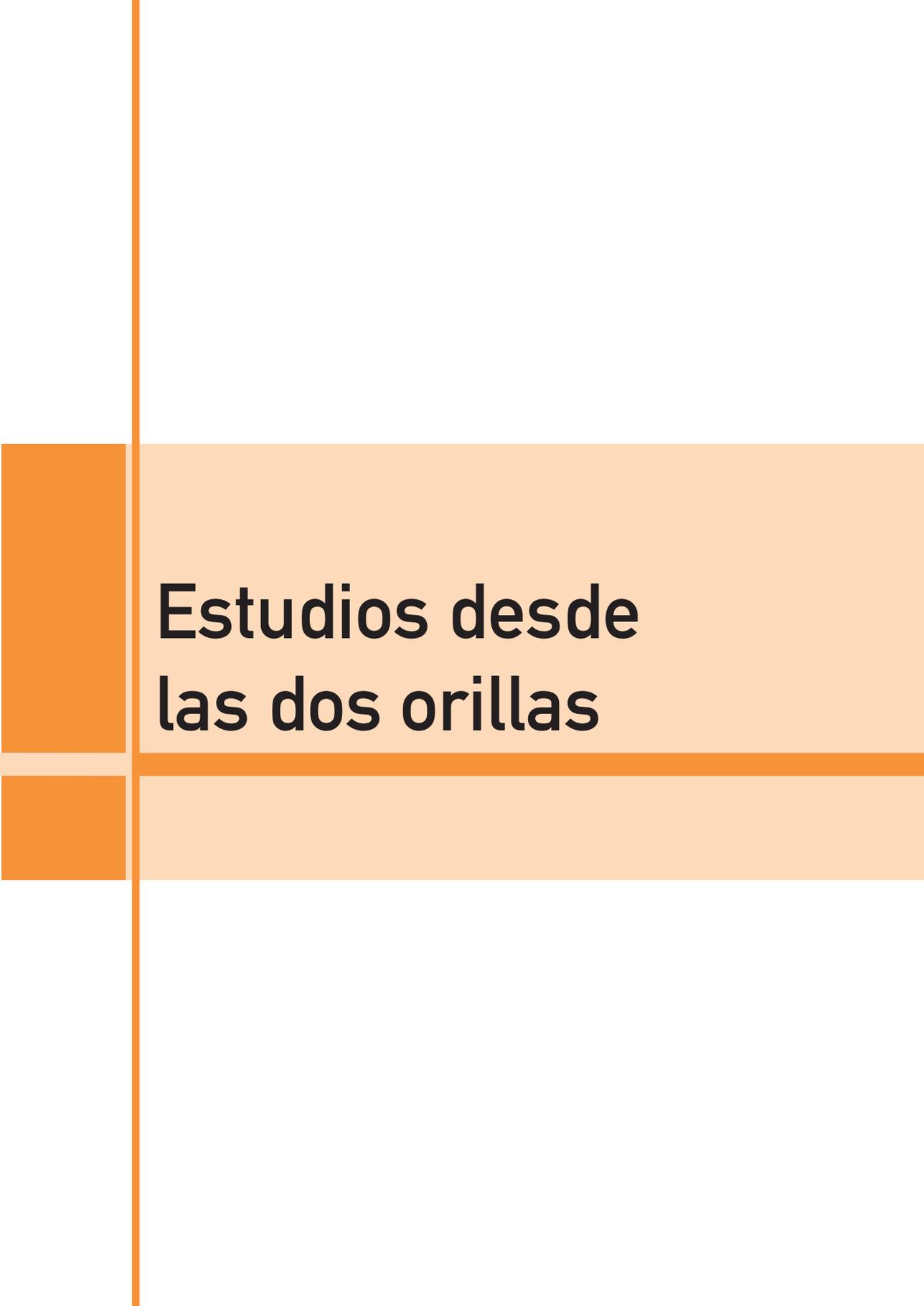
El Comisario de Justicia, Jacques Barrot, expone cada semana sus reflexiones sobre un tema de actualidad europea. En el pensamiento de esta semana el Comisario comenta la crítica situación que está viviendo Grecia en aspectos migratorios, ya que no cesan de llegar a sus costas cayucos cargados de inmigrantes de nacionalidades diversas, que intentan ganar suelo europeo desde Turquía. En primer lugar, emplaza al gobierno turco a manifestarse en contra de este tipo de inmigración y a tomar medidas para atajar el problema. En segundo lugar, centra su reflexión en la realidad de estos inmigrantes que huyen de sus países de origen por motivos económicos, pero en ocasiones también políticos, sentenciando que si la UE no reacciona de manera rápida y eficaz, los dramas humanos que se viven en Lampedusa, Malta, las Islas Canarias o Grecia, se extenderán por todo el territorio europeo.

(13 de julio de 2009).

Exención de visado a los ciudadanos de los Balcanes occidentales

La Comisión Europea ha confirmado la pasada semana un prolongado compromiso con la concesión de la exención de visado a los ciudadanos de los Balcanes occidentales, ya que se ha adoptado una propuesta para conceder la exención de visado a los ciudadanos de la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro y Serbia. La propuesta permite que los ciudadanos de estos tres países viajen a los países de Schengen con los nuevos pasaportes biométricos. La propuesta de la Comisión tiene que ser aprobada por el Consejo previa consulta al Parlamento Europeo. La Comisión mantiene su compromiso de liberalización de visados también para los ciudadanos de Albania y Bosnia y Herzegovina. No obstante, estos países aún no han cumplido las condiciones que se incluirán en la propuesta. Si se mantiene el ritmo de reformas y si se cumplen todas las condiciones, la Comisión podría plantearse la elaboración de una nueva propuesta que incluya a estos países antes del segundo semestre de 2010.

(20 de julio de 2009).

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

PEDRO MAESTRE

Licenciado en Derecho por la U. de Zaragoza y
Experto Jurídico en Migraciones Internacionales y
Extranjería por la U. Europea de Madrid
(p.maestre.84@gmail.com)

Controversia en torno al uso del hiyab en España: el caso de las comisarías de Castellón

SUMARIO

I. Introducción.

II. El derecho de los extranjeros a la documentación.

III. La diferencia de trato en las comisarías: el RD 1553/2005 y la Instrucción de 11 de abril de 2006.

IV. La libertad ideológica, religiosa y de culto: comentario al artículo 16 de la Constitución Española.

V. Una valoración jurídica.

VI. Conclusión.

VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Realizaremos a continuación un análisis de diversas situaciones conflictivas que se han generado con motivo del uso del hiyab por parte de mujeres de diversa nacionalidad y de religión musulmana, que pretenden realizar una serie de trámites de extranjería ante la Administración. Dichos trámites se ven dificultados en su realización por la actitud de algunos funcionarios de policía encargados de ellos en las Oficinas de Extranjería o Comisarías de Policía de la Provincia de Castellón por motivo de su indumentaria.

Estas demandas han sido canalizadas a través de un despacho de abogados radicado en Zaragoza y que se ocupa de la representación legal de 15 Asociaciones y Entidades Religiosas Musulmanas de la Provincia de Castellón (según lo establecido en los artículos 32 y 33 de la LRJPAC, referentes a la representación y a la pluralidad de interesados). Así, este despacho ha llevado a cabo diversos

trámites en defensa de los intereses de sus representados; su mayor actividad se concentró a lo largo del mes de julio de 2007, durante el cual este despacho dirigió una serie de escritos a las diversas instituciones administrativas implicadas (las Comisarias de la Provincia de Castellón, la Subdelegación del Gobierno de Castellón, la Comisaría General de Extranjería y Documentación de Madrid...), con la finalidad de denunciar la situación de estas personas y tratar de llegar a una solución. Asimismo, también el Defensor del Pueblo se hizo eco de estas demandas y emitió un escrito al Secretario de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior) en el que recomienda la adopción de determinadas medidas con el propósito de poner fin a esa situación.

II. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA DOCUMENTACIÓN

El punto de partida de toda la polémica es la intención de una serie de mujeres extranjeras musulmanas de figurar ataviadas con el *hiyab* en aquellos documentos en los que se les exige la presentación de fotografías (DNI, Pasaporte, NIE, Tarjeta de Identidad de Extranjero...). En este sentido hay que precisar que el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social establece que:

- «1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación 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.
2. 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.
3. No podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana».

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 100 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En los artículos siguientes se regulan algunos de estos documentos, tales como el Numero de Identidad de Extranjero (artículo 101), el pasaporte (artículo 103), el visado (artículo 104) o la Tarjeta de Identidad de Extranjero (artículo 105).

De este modo, los extranjeros ostentan un derecho no sólo a conservar la documentación que ya portan con ellos, sino también a obtener la documentación que sea necesaria para acreditar su situación en España por parte de las autoridades españolas. En este sentido, el artículo 105.11, refiriéndose a la Tarjeta de Identidad de Extranjero, establece que:

- «Corresponderá a la Dirección General de la Policía, conforme a los criterios de coordinación marcados por la Secretaría de Estado de Seguridad, de acuerdo con la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, la organización y gestión de los servicios de expedición de las tarjetas de identidad de extranjeros en las comisarias de policía u Oficinas de Extranjeros en las que se hubiese tramitado el expediente administrativo o practicado la notificación por la que se reconoce el derecho o se le autoriza a permanecer en España, así como su expedición y entrega al interesado, quien habrá de acreditar ante ellas ser el destinatario del documento y haber realizado el pago de las tasas fiscales

Controversia en torno al uso del hiyab en España

legalmente establecidas. Asimismo, en los casos en que la eficacia de la autorización otorgada se encuentre condicionada al requisito de la afiliación y/o alta del extranjero en la Seguridad Social, deberá quedar acreditada dicha circunstancia en el momento de solicitar la tarjeta».

III. LA DIFERENCIA DE TRATO EN LAS COMISARIÁS: EL RD 1553/2005 Y LA INSTRUCCIÓN DE 11 DE ABRIL DE 2006

Así pues, el lugar físico donde se llevarán a cabo estos tramites serán las Comisarías de Policía o las Oficinas de Extranjería. El problema surge cuando, ante la pretensión de efectuar estos trámites en estos lugares, surgen diversas actitudes por parte de los funcionarios de policía que dificultan o impiden su realización. Así, en la Provincia de Castellón, a lo largo del año 2007, una serie de mujeres musulmanas pretenden que, respecto de diversos trámites documentales que han de ser efectuados en las Comisarías u Oficinas de Extranjería correspondientes (renovación del NIE, renovación del permiso de residencia por reagrupación familiar...), sean aceptadas sus fotografías, en las que aparecen ataviadas con el hiyab, estando cubiertas por un pañuelo el cabello y las orejas. Ante esta situación, se dan diversas actitudes según el funcionario de policía que les atienda:

- 1) Se admite como válida la presentación de esas fotografías, siguiendo su curso el procedimiento de que se trate (dicho sea de paso, ésta es la actitud seguida en la mayoría de las Oficinas de Extranjería del territorio español, sin que se haya generado –salvo casos aislados– controversia alguna sobre esta cuestión).
- 2) Se deniega totalmente su validez, aduciendo que en la fotografía la mujer debe figurar con la cabeza totalmente descubierta y procediéndose por tanto a la paralización del procedimiento de que se trate, en tanto no sea presentada una fotografía con la cabeza descubierta.
- 3) Se deniega su validez, argumentándose que, para que se admitan fotografías en las que la mujer porta hiyab, ésta debe retirárselo unos centímetros hacia atrás, para permitir que sea visible el nacimiento del pelo.
- 4) Se admiten esas fotografías con hiyab, si bien condicionadas a la presentación de un certificado de profesar la religión islámica, emitido por alguna Entidad Religiosa acreditada.

Así pues, se da una *situación de arbitrariedad*, puesto que, ante supuestos idénticos y dependiendo del Funcionario de que se trate, se otorgan distintas soluciones. Esta arbitrariedad viene prohibida por el artículo 103 de la CE, así como en el artículo 3 de la LRJPAC y la LOFAGE, donde se establece que «la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales, y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». (artículo 103 de la CE).

La razón fundamental de esa divergencia de posturas surge por las diferentes interpretaciones que realizan los funcionarios de policía de la normativa que regula esta materia. Sin embargo, es necesario precisar que en el ámbito de la documentación de extranjeros existe una laguna jurídica, puesto que en ningún texto legal se regula como tal esta figura; únicamente existe una referencia en el artículo 105.12 del RELOEX, que, refiriéndose a la tarjeta de identidad de extranjero, establece que:

«Será aplicable a los documentos mencionados la normativa vigente sobre presentación y anotación en las oficinas públicas del documento nacional de identidad, cuya normativa tendrá carácter

supletorio de las normas sobre utilización en España de los documentos de identidad de los extranjeros».

Así pues, por analogía, *resulta obligado acudir a la normativa reguladora del DNI*, que se encuentra dispersa entre varios textos legales, entre los que destacan la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; la Ley 59/2003 de Firma Electrónica y, finalmente y el que más nos interesa, el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

Así, en el artículo 5.1 de este último texto normativo se establece que:

«Para solicitar la expedición del Documento Nacional de Identidad será imprescindible la presencia física de la persona a quien se haya de expedir, el abono de la tasa legalmente establecida en cada momento y la presentación de los siguientes documentos:»

»b) Una fotografía reciente en color del rostro del solicitante, tamaño 32 por 26 milímetros, con fondo uniforme claro liso, tomada de frente con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona.»

De este modo, algunos de los Funcionarios de Policía aplican a rajatabla este artículo e impiden la presentación de fotografías en las que las mujeres aparezcan con hiyab. Sin embargo, al considerar únicamente este artículo, estos funcionarios ignoran otro texto legal: una Instrucción del Ministerio del Interior de 11 de abril de 2006, que fue el resultado de una serie de reuniones mantenidas durante los meses anteriores entre los representantes del Ministerio y representantes de distintas Entidades religiosas. En esta Instrucción se establecen unas aclaraciones y precisiones para los Funcionarios de Policía ante los problemas de aplicación que suscitaba el citado artículo 5.1.b) del RD 1553/2005. Por lo tanto, es necesario reiterar que, al igual que el citado RD, esta Instrucción se refiere únicamente al DNI, sin hacer referencia a otros documentos de identificación de extranjeros, si bien, se viene aplicando por analogía a estos supuestos.

Así, la Instrucción del Ministerio establece que:

«Podrán admitirse fotografías en las que la persona lleve la cabeza cubierta con un pañuelo, toca o prenda que imponga un culto religioso determinado, siempre y cuando el óvalo del rostro aparezca totalmente descubierta desde el nacimiento del pelo hasta el mentón, de forma que no impida o dificulte la identificación de la persona.

Asimismo, cuando se trate de la primera expedición del DNI (e.d. sin referirse o otra documentación) podrán admitirse fotografías en las que la cabeza de la persona aparezca cubierta, siempre que se cumpla un requisito: la presentación de un documento acreditativo de pertenencia al culto religioso correspondiente.»

De este modo, algunos funcionarios, basándose en la primera parte de la Instrucción, exigen que, en las fotografías, las mujeres aparezcan con el hiyab retirado unos centímetros, con la finalidad de que el nacimiento del pelo sea visible. Así, esta retirada del hiyab constituiría un requisito para excepcionar lo establecido en el artículo 5.1.b), que prohíbe totalmente llevar la cabeza cubierta.

Controversia en torno al uso del hiyab en España

Sin embargo, hay que mencionar que existe una gran carga de ambigüedad en este párrafo, debido al uso de expresiones tales como «unos centímetros» (¿cuántos?) o «nacimiento del pelo» (¿dónde comienza exactamente ese nacimiento?). Además, los criterios técnicos periciales utilizados en la identificación de las personas únicamente toman en consideración seis rasgos fisiognómicos principales del óvalo de la cara: frente, cejas, ojos, nariz, labios y mentón; así, no resultaría necesario para la correcta identificación de la persona la exhibición de otras partes de la cara como las orejas o el nacimiento del pelo, por lo que esta exigencia parece excesiva.

Asimismo, otros funcionarios de policía, tomando en consideración la segunda parte de la Instrucción, admiten la presentación de fotografías con hiyab, sin necesidad de que se retire hacia atrás unos centímetros; sin embargo, esta admisión se condiciona a la presentación de un certificado de profesar la religión concreta de que se trate (en este caso la religión islámica) emitido por una entidad religiosa acreditada. Esta última postura es la más controvertida, ya que afecta radicalmente al derecho fundamental de libertad religiosa y a su normativa de desarrollo. (Libertad que, por otro lado, también queda afectada en los supuestos anteriores, desde el momento en que una manifestación de ella –el uso del hiyab– se constituye como un impedimento para el ejercicio efectivo de sus derechos).

Antes de pasar a la valoración jurídica de este caso, considero necesario realizar unas precisiones acerca de la libertad religiosa y su regulación en nuestro ordenamiento. De este modo se procede ahora a analizar el artículo 16 de la CE, que regula la libertad ideológica, religiosa y de culto, así como otras normativas como la LOLR de 1980 y la LOPDCP de 1999.

IV. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO: COMENTARIO AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En el artículo 16 de la Constitución se garantizan la libertad ideológica, religiosa y de culto, algunos de los derechos más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad. El texto completo de este artículo es el siguiente:

«Artículo 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

La libertad ideológica tiene una vertiente íntima: el derecho de cada uno no sólo a tener su propia cosmovisión, sino también todo tipo de ideas u opiniones sobre cualquier materia; sin embargo, la libertad alcanza su trascendencia en su vertiente externa, que se traduce en la posibilidad de compartir y transmitir, en definitiva, de exteriorizar esas ideas. Esta versión exterior con frecuencia se transforma en libertad de expresión y así, al igual que ésta, se vincula con el pluralismo político, además de con el propio concepto de Estado democrático, constituyendo los cauces para su manifestación. Sin embargo, la libertad ideológica se puede manifestar al exterior de

otra forma mediante gestos, conductas o cualesquiera otra manifestación que permita traslucir las creencias u opiniones personales, distinguiéndose así de la citada libertad de expresión.

Se ha considerado que nuestra Constitución plasma lo que se conoce como «indiferentismo ideológico», en el sentido de que admite cualquier tipo de ideología, con el límite del orden público, frente a lo que sucede en otros ordenamientos, como el alemán, en el que quedan proscritas las ideologías contrarias a los principios recogidos en la Constitución, de tal forma que se admite incluso la defensa de ideologías contrarias al ordenamiento constitucional, siempre que respeten las formalidades establecidas y que no recaigan en supuestos punibles de acuerdo con la protección penal (artículos 510 y 515,5 del Código Penal, este último, precisamente, prohíbe las asociaciones que promuevan el odio por motivos ideológicos o religiosos). Ese «indiferentismo» se ha visto matizado por la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos al señalar la ilegalidad de los partidos cuya actividad «vulnere los principios democráticos» (artículo 9), sin embargo, la ilegalidad apunta a las actividades inconstitucionales e ilegales y no al mantenimiento de una ideología contraria a la democracia.

La libertad religiosa se corresponde con la vertiente trascendente de la libertad ideológica, pero más que por el contenido de las ideas, la libertad religiosa se distingue por su ejercicio comunitario o colectivo (sin perjuicio de su componente individual) que alcanza su máxima expresión externa mediante los actos de culto (libertad de culto).

La libertad religiosa se ha regulado mediante la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, a su vez desarrollada por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas y el RD 1980/1981, de 19 de junio, sobre constitución de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

El límite a estos derechos reconocidos en el primer párrafo del artículo 16 de la CE lo constituye el orden público «protegido por la ley», es decir, no hace referencia a un orden público de carácter policial sino aquel que se deriva conforme de lo establecido en el ordenamiento jurídico tendente a proteger ese orden establecido y, en particular, los derechos fundamentales. En última instancia, el concepto de orden público será el admisible en una sociedad democrática. El Tribunal Constitucional se ha ceñido a esta interpretación estricta de la cláusula de orden público (STC 46/2001, de 15 de febrero).

El artículo 16, en su párrafo segundo, establece una garantía añadida a estas libertades, el que nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, lo que lleva, a su vez, a que este tipo de datos se encuentre entre los calificados de «sensibles» y, en consecuencia, vinculados al derecho a la intimidad y por ello sometidos a un régimen especialmente garantista en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Así, en esta Ley se establece que estos datos se consideran como «datos especialmente protegidos», regulados en el artículo 7, que establece, entre otras cosas que:

«1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones

Controversia en torno al uso del hiyab en España

o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual».

En la **Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980**, en su artículo 2, se regulan tanto los aspectos individuales de este derecho: derecho a profesar cualesquiera creencias religiosas o a no profesar ninguna, a cambiar de religión, a no ser obligado a declarar sobre sus ideas o a no ser obligado a practicar actos de culto, a recibir enseñanza religiosa según las propias convicciones (o las de los padres o tutores) o a recibir sepultura digna; como los colectivos: derecho a celebrar sus propios ritos u otros muchas veces vinculados a otros derechos fundamentales como sería el derecho a impartir enseñanza religiosa (artículo 27 de la CE); a reunirse o manifestarse (artículo 21 de la CE) o a asociarse (artículo 22 de la CE), con relación a los cuales se establece un régimen especial.

No obstante, el reconocimiento genérico de derechos puede ocasionalmente verse limitado en la aplicación con el caso concreto, tal es el caso, por ejemplo, frente a la afirmación en la LO del derecho a conmemorar las festividades de acuerdo con las creencias religiosas, limitar el ejercicio del derecho a las posibilidades de ordenación del trabajo, al interpretar, por otra parte, que la festividad del domingo en la actualidad ya no tiene el carácter religioso que tuvo en su origen, sino que se ha convertido en el día tradicional y generalizado de descanso (STC 19/1985, de 13 de febrero).

Tanto la libertad religiosa como la ideológica cuenta con protección en el Código Penal. La segunda al tipificar (artículo 510 a 512 del CP) las conductas que promuevan el odio o la discriminación por motivos ideológicos o religiosos o las de funcionarios, profesionales o empresarios que discriminen por esos motivos. En la vertiente religiosa se tipifican determinadas conductas destinadas a impedir el ejercicio de esas libertades o a escarnecer una religión o a profanar lugares de culto o enterramiento (artículo 172, artículo 522 y ss. del CP).

La libertad religiosa se conecta con la expresión del *párrafo 3 del artículo 16* en el que se declara la aconfesionalidad del Estado, marcando así la distancia con otros períodos históricos en los que el Estado se definía católico (durante el S. XIX, así como durante el franquismo), pero también con la declaración de laicismo de la Constitución de 1931. De este modo, la CE configura un Estado aconfesional, pero no un Estado laicista (p.e. el caso del Estado francés). La distinción entre la aconfesionalidad y el laicismo del Estado se aprecia en el segundo inciso del precepto mencionado, al establecer que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española» y, en particular, «mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». La expresión de este párrafo resultaba más fácil de comprender en un momento en el que la mayoría de la población era católica, y otras religiones minoritarias sólo exigían tolerancia, pero plantea problemas en el momento en el que, por una parte, en especial debido a la inmigración, otras religiones alcanzan una amplia implantación y, por otra, se manifiestan abiertamente sectores ateos o agnósticos. Las discusiones que se plantean en el ámbito escolar y, por tanto, en relación con el derecho a la educación son buena prueba de ello.

En aplicación de este artículo el Estado ha firmado acuerdos con distintas Confesiones religiosas: Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, económicos, enseñanza y asuntos culturales y asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos, firmados el 3 de enero de 1979, ratificados el 4 de diciembre del mismo año; Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas y la Comisión Islámica de España.

Esos acuerdos se han traducido en la posibilidad de facilitar, sobre la base siempre del principio de voluntariedad (STC 177/1996, de 11 de noviembre), la asistencia religiosa o la celebración del culto a la Iglesia Católica o a las confesiones mayoritarias que cuentan con un Acuerdo de Cooperación en ámbitos en los que las personas ven restringida su libertad personal como centros penitenciarios, hospitales o Fuerzas Armadas (STC 24/1982, de 13 de mayo), regulación que han desarrollado en el RD del servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas; OM de 20 de diciembre de 1985 de asistencia religiosa católica en centros hospitalarios públicos y artículo 74 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el artículo 230 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, así como la OM de 24 de noviembre de 1993 de asistencia religiosa católica en establecimientos penitenciarios.

Finalmente, los derechos del artículo 16 de la CE al encontrarse en la sección 1.^a del capítulo II del título I de la Constitución están sometidos a reserva de ley orgánica (artículo 81 de la CE), que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, y vinculan a todos los poderes públicos (artículo 53.1 de la CE), y, entre las garantías jurisdiccionales podrá recabarse la tutela de los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, subsidiariamente, la tutela del Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo (artículo 53.2 de la CE).

V. UNA VALORACIÓN JURÍDICA

Tras analizar el régimen jurídico de la libertad religiosa en el Estado español, pasaremos a continuación a valorar la actitud de los funcionarios de policía, así como la constitucionalidad de las normativas que aplican.

En primer lugar, la actitud seguida por aquellos Funcionarios que niegan categóricamente la validez de esas fotografías, en base a la aplicación rigurosa del artículo 5.1.b) del RD 1553/2005, resulta claramente criticable, puesto que ignora el resto de disposiciones que lo permiten, como la Instrucción de 11 de abril de 2006; además, en última instancia existe el problema de que estos funcionarios aplican este RD a supuestos que no vienen contemplados en su ámbito de aplicación (recordemos que, pese a que se aplica a estos supuestos en base a su analogía, el ámbito de aplicación de esa norma es el DNI, no otro tipo de documentación para extranjeros, como el NIE o la Tarjeta de Identidad de Extranjeros). Asimismo, esa actitud supondría una vulneración del artículo 35.i) de la LRJPAC, que establece el derecho de todo ciudadano «a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones», puesto que, mediante esta actitud, dificultan el ejercicio de su derecho a la documentación (artículo 4 de la LOEx), lo que en la práctica supone colocar a esas personas en situación de irregularidad, puesto que, al no poder obtener esos documentos, tampoco pueden acreditar la regularidad de su situación en España.

Controversia en torno al uso del hiyab en España

De este modo, en última instancia, esa actitud supondría una *vulneración del artículo 14 de la CE*, que establece la igualdad de los españoles y la prohibición de discriminación por razón, entre otras, de religión o nacionalidad; ya que se coloca a estos ciudadanos en una situación más gravosa que el resto de españoles con respecto al ejercicio de sus derechos. En este sentido es necesario recordar que, tal y como establece el «artículo 13.1 de la CE, (y reitera el artículo 3 de la LOEx) los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley».

También, en este sentido se debe señalar que determinados artículos de la normativa de extranjería prohíben los actos discriminatorios contra los extranjeros; entre estos artículos destaca el **artículo 23 de la LOEx**, que estipula que:

«1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

- a. Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.
- b. Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.
- c. Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.
- d. Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.
- e. Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen injustificadamente a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, siempre que se refieran a requisitos no esenciales para el desarrollo de la actividad laboral».

Contra estos actos discriminatorios cabría aplicar el **artículo 24 de la LOEx**, que prescribe que:

«La tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos».

Ese artículo 53.2 de la CE establece que:

«Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

En segundo lugar, la actitud seguida por aquellos funcionarios que aplican únicamente la primera parte de la Instrucción del Ministerio del Interior de 11 de abril del 2006, condicionando la aceptación del hiyab a su retirada unos centímetros, dejando ver el nacimiento del pelo también ha sido criticada desde diversas instancias como el Defensor del Pueblo y el despacho de abogados que lleva el caso. Así, estos funcionarios alegan que la libertad religiosa tiene su límite en el orden público protegido por la Ley (artículo 16.1 de la CE), siendo manifestación de ese orden público la necesaria identificación de la persona; sin embargo, ya se ha mencionado anteriormente que condicionar la identificación de la persona a la retirada del hiyab unos centímetros, dejando ver el nacimiento del pelo no tiene valor pericial alguno, al no ser el cabello uno de los seis rasgos fisiognómicos principales necesarios para la identificación de la persona. Por todo lo anterior, considero que el uso del hiyab, al no dificultar esa identificación, no afecta al orden público en el sentido de legitimar una limitación de la libertad religiosa.

En este mismo sentido, el TC ha manifestado que ambas figuras (libertad religiosa y orden público) deben ponderarse, sin que prime una sobre otra (STC 159/1986, FJ 6.^º).

Así, sólo cuando se acredite en sede judicial la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud o la moral pública, cabe invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa (STC 46/2001, FJ 11.^º). Así, en el presente caso no se acredita la existencia de ese peligro cierto, por lo que no cabe limitar el uso del velo en las fotografías. Es más, de lo que se trata es de salvaguardar esa libertad religiosa mediante la posibilidad del uso del hiyab observando ciertas pautas (que sea visible el óvalo facial).

Finalmente, también hay funcionarios de policía que, en aplicación de la segunda parte de la Instrucción de 11 de abril de 2006, admiten las fotografías en las que la persona aparece con hiyab, siempre que ésta presente un certificado de una entidad religiosa que acredite que profesa la religión concreta de que se trate (en este caso la religión musulmana). Esta actitud vulnera claramente el artículo 16.2 de la CE, que establece que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias»; así como el artículo 2.1 de la LOLR, que estipula que «la Libertad Religiosa y de culto garantizado por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a»:

- a. Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas».

En ese mismo sentido cabe recordar que la Instrucción del Ministerio del Interior tiene carácter de directiva de actuación de las autoridades superiores a sus subordinados, pero sin que ésta pueda vulnerar disposiciones jerárquicamente superiores (1.^º de jerarquía normativa), como el artículo 16.2 de la CE o el artículo 2.1 de la LOLR mencionados. Asimismo, hay que mencionar que la potestad de los funcionarios de policía en esta materia es una potestad reglada. Por lo

Controversia en torno al uso del hiyab en España

tanto no cabe que soliciten a estas personas la presentación de documentos no exigidos por la Ley, como ese certificado [artículo 35.f) de la LRJPAC].

Además, esa actitud también vulnera lo manifestado por el TS, que ha establecido en reiterada jurisprudencia que las Administraciones Públicas no pueden exigir una declaración expresa de la religión a la que pertenece una persona (SSTS de la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de abril y de 14 de noviembre de 1998 y de 21 de enero de 2005).

Finalmente, y refiriéndose a esta libertad religiosa, la STC 46/2001, en su FJ 4.º, reconoce la existencia de un ámbito de libertad y una esfera de *agere licere*, es decir, de una dimensión externa de la libertad religiosa, que se traduce en la posibilidad de ejercicio inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen una manifestación o expresión del fenómeno religioso protegido constitucionalmente, como es el uso del hiyab. (Véase también la STC 24/1982, FJ 1.º; STC 19/1985, FJ 2.º; STC 120/1990, FJ 10.º; STC 137/1990, FJ 8.º; STC 63/1994, FJ 8.º; y la STC 177/1996, FJ 9.º).

Así, al igual que hemos manifestado anteriormente, la exigencia de ese certificado impone un límite al ejercicio del contenido esencial del derecho de libertad religiosa (artículo 16 de la CE y 2 de la LOLR) que no se encuentra entre los elementos constitutivos del orden público (único límite posible a esa libertad religiosa), por lo que no resultaría constitucionalmente exigible.

VI. CONCLUSIÓN

Todas estas actitudes analizadas de los funcionarios de policía que no aceptan la presentación de fotografías con hiyab o la condicionan a diversos requisitos, suponen una clara vulneración del artículo 16 de la CE, puesto que el orden público no queda afectado en el grado necesario como para constituir un límite legítimo a ese derecho; también se vulnera otra normativa como la LOLR o la LRJPAC. Además, la exigencia de presentación de un certificado de profesar la religión islámica es claramente contraria al artículo 16.2 de la CE, al artículo 2.1.a) de la LOLR y la jurisprudencia del TS, que eximen a las personas de la obligación de declarar acerca de la religión que profesan. De este modo, tanto el despacho de abogados que lleva el caso como el Defensor del Pueblo han solicitado que se elimine, a través de la modificación por parte de la propia Administración de la Instrucción de 11 de abril de 2006, la exigencia de presentación de ese certificado, a la par que se proceda a una regulación homogénea de esta materia. En caso de que ésta no se diera, también existiría la vía de acudir al TC a través de un recurso de amparo por vulneración del artículo 16.2 de la CE.

Asimismo, estas actitudes también podrían ser susceptibles de sanción penal a los concretos funcionarios de policía, así como de los Inspectores-Jefes responsables de cada Oficina de Extranjería, puesto que el artículo 511 del CP establece que:

«1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años».

Extrajurídicamente también se ha alegado por parte del despacho de abogados que ese tipo de violaciones de derechos, máxime si son por parte del Estado, contribuyen a alentar corrientes radicales islámicas, por el descontento y sensación de arbitrariedad que se genera en las personas concretas, lo que supone abonar el campo para el desarrollo de actitudes hostiles al Estado, o incluso de un terrorismo fundamentado en las creencias religiosas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Malek CHEBEL: *Les Symboles de l'Islam*, con fotografías de Laziz Hamani, Éditions Asouline, París, 1999, ISBN 2 84323 144 2.
- CORSINO ÁLVAREZ CORTINA, Andrés y RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel: *La Libertad Religiosa En España*, Editorial Comares, 2006; ISBN: 8498361079.
- Diversos materiales proporcionados por la consultoría de familia e inmigración «Trayectus».

LAURA GARCÍA JUAN

Vocal de la Junta Directiva de ABEDIE
–Asociación de Abogados Europeos de Inmigración
y Extranjería–.

Experta Jurídica em Migraciones Internacionales y
Extranjería

II

Agencias «AMICS»: El modelo de integración de las personas inmigrantes en la Comunidad Valenciana

RESUMEN

AGENCIAS «AMICS»: EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS INMIGRANTES EN LA COMUNIDAD VALENCIANA

Uno de los ejes fundamentales de las políticas migratorias que actualmente desarrolla la Unión Europea es la integración, en las sociedades de acogida, de las personas provenientes de terceros países que han decidido establecer su residencia en alguno de los Estados miembros.

La normativa comunitaria sobre la materia insiste, desde hace una década, en la importancia de promover programas y crear instrumentos que favorezcan una integración bidireccional, basada en el respeto y entendimiento mutuo y recomienda que se haga desde las instituciones públicas a nivel nacional, autonómico y local de manera coordinada entre todos los niveles administrativos. El presente artículo describe cómo estas directrices se han incorporado a la normativa española y analiza, en particular, las herramientas que la Comunidad Valenciana ha diseñado y está poniendo en práctica para dar respuesta a dichas recomendaciones.

ABSTRACT

«AMICS» AGENCIES: THE PATTERN OF IMMIGRANTS' INTEGRATION IN THE VALENCIAN COMMUNITY

One of the fundamental axes of migration policies currently being developed by the European Union is the integration, into host societies, of persons from third countries that have decided to establish their residence in any of the Member States. Community legislation on the subject has, for the past decade, emphasized the importance of promoting programs and create instruments to enhance a two-way integration, based on respect and mutual understanding, and recommends this be accomplished by the public institutions at the national, regional and local levels and in a coordinated manner between all administrative levels. This article describes how these guidelines have been incorporated into Spanish legislation and examines, in particular, tools that the Valencian Community has designed and is implementing to address these recommendations.

Laura García Juan

II

SUMARIO

I. Antecedentes y contexto normativo.

II. Modelo de coordinación y cooperación interadministrativa.

III. Evolución del Proyecto «AMICS».

IV. Organización y funcionamiento de las Agencias.

I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO NORMATIVO

Para reflexionar sobre políticas de inmigración es necesario tener presente la comunicación permanente de los contextos jurídicos, por lo que para abordar cualquier análisis de la legislación nacional o autonómica en esta materia, así como de las políticas migratorias e instrumentos de ejecución que nacerán de su aplicación (como son las Agencias de Mediación para la Integración y la Convivencia Social –AMICS–), no se debe perder de vista la perspectiva de su proceso de comunitarización, aunque reconociendo que la necesidad de abordar de modo cohesionado las políticas públicas sobre extranjería, a nivel europeo, está encontrando algunos obstáculos.

Este proceso se inicia con la adopción del Tratado de Ámsterdam el 2 de octubre de 1997¹. Anteriormente, el Tratado de la Unión Europea aprobado en Maastricht en 1992, se había limitado a crear un ámbito de cooperación intergubernamental en asuntos de justicia e interior, en cuyo marco determinadas cuestiones, como la política de inmigración, eran consideradas de interés común para los Estados miembros, quedando reservada la competencia sobre la materia a la soberanía de cada país. Sin embargo, la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam supuso su transferencia definitiva al ámbito comunitario, recogiendo entre sus objetivos la creación y desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia garante de la libre circulación de personas y en el que deberían adoptarse medidas comunes sobre control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y lucha contra la delincuencia.

En octubre de 1999, el Consejo Europeo, reunido en Tampere en sesión especial, acordó el desarrollo del programa para la consecución efectiva de este espacio de libertad, seguridad y justicia reafirmando la importancia de su creación y adoptando una serie de directrices y orientaciones políticas para hacerlo realidad. Asimismo se definieron los elementos básicos de una política común sobre asilo e inmigración, entre los que se incluía la exigencia de garantizar al inmigrante (nacional de un tercer Estado) que resida legalmente en el territorio de la UE, un trato justo y no discriminatorio que se aproxime al estatuto jurídico de los ciudadanos de la UE y facilite

(1) Tratado vigente en nuestro país desde el 1 de mayo de 1999 (*BOE* núm. 109, de 7 de mayo de 1999), hasta el 1 de febrero de 2003, fecha en que entra en vigor para España el Tratado de Niza (*BOE* núm. 24, de 28 de enero de 2003).

Agencias «AMICS» El modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana

II

su integración². A esta exigencia se le dio respuesta con la Comunicación sobre «una política comunitaria de migración», presentada por la Comisión al Parlamento Europeo³, en la que se define la integración como un *proceso bidireccional, que implica la adaptación tanto por parte del inmigrante como de la sociedad de acogida, basado en el respeto por las diferencias culturales y sociales y por nuestros principios y valores fundamentales comunes*, y en la que se propone la creación de programas específicos de integración a escala nacional, regional y local. Estas exigencias se refuerzan posteriormente con la importante Directiva 2003/109/CE, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁴.

Varios instrumentos de la Unión Europea han insistido, desde entonces, en la importancia de la integración como pilar fundamental en la elaboración de una política común de inmigración, pero merece la pena destacar uno de ellos en concreto, por su conexión directa con el tema de este estudio. Se trata de la Comunicación de la Comisión titulada «Programa común para la integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea»⁵, en la que se recogen las conclusiones adoptadas por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en noviembre de 2004, por las que se aprobaron los llamados Principios Comunes Básicos sobre Integración, entre los que se considera indispensable «un conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida». En definitiva, este Programa común proponía, a escala nacional, reforzar la integración con medidas previas, mediante la organización de programas introductorios que contuvieran, entre otros elementos, cursos de varios niveles y, a escala europea, fomentar las medidas transnacionales y apoyar modelos de integración innovadores.

También son importantes en esta materia, la Comunicación de la Comisión por la que se establece un programa marco de solidaridad y gestión de los flujos migratorios para el período 2007-2013⁶; la Comunicación de la Comisión en la que se contiene el tercer informe anual sobre inmigración e integración, según el que «debe reforzarse continuamente el nexo entre políticas de inmigración legal y estrategias de integración»⁷; y el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007-2013⁸.

Cabe finalmente hacer alusión, por su relación con el tema del presente artículo, al Dictamen del Comité de las Regiones celebrado los días 13 y 14 de febrero de 2007 y titulado «Plan de Política en materia de inmigración legal, lucha contra la inmigración ilegal, futuro de la Red

(2) Puntos 18 a 21 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (texto de las Conclusiones en Boletín UE 10-1999, pp. 7 y ss.).

(3) COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre.

(4) Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004).

(5) COM (2005) 389 final, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de septiembre.

(6) COM (2005) 123 final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 6 de abril.

(7) COM (2007) 512 final, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de septiembre.

(8) Decisión 2007/435/CE del Consejo, de 25 de junio de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007-2013, como parte del programa general solidaridad y gestión de los flujos migratorios (DOUE L 168/18, de 28 de junio).

Europea de Migración»⁹, en el que se enfatizaba el papel de los entes locales y regionales en materia de integración, tanto por su experiencia en las relaciones con los países de origen como por las medidas que desarrollan para la integración de los inmigrantes, sobre todo en materia de sanidad, vivienda, educación y trabajo.

En el plano nacional no podemos dejar de referirnos, en primer lugar, al Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁰, popularmente conocida como Ley de Extranjería (en adelante LODLEIS), que actualmente se encuentra en sede parlamentaria. Pues bien, este Proyecto de Ley Orgánica de reforma¹¹, es el resultado de un cúmulo de factores como son la necesidad de incorporar la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la de adaptar la Ley al nuevo contexto socio-económico y a la nueva realidad migratoria y la de incorporar las Directivas europeas pendientes de trasposición, entre las que se encuentran algunas directamente relacionadas con la integración de las personas inmigrantes como es la Directiva 2003/109/CE, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Es imprescindible señalar en este punto que uno de los objetivos perseguidos por este Proyecto de reforma de la Ley de Extranjería es el de *reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y asilo, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas*, materializándose este deseo en la introducción de un nuevo artículo 2 ter que lleva por título, precisamente, «Integración de los inmigrantes». En este precepto se exige a los poderes públicos promover la plena integración de los extranjeros en la sociedad española y, a las distintas Administraciones, incorporar como objetivo transversal de todas sus políticas y servicios públicos la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, promoviendo su participación económica, social, cultural y política en condiciones de igualdad de trato.

Hay que resaltar, por lo novedoso en una norma estatal reguladora de la extranjería, el hecho de que se haga especial hincapié en la necesidad de promover acciones formativas orientadas al colectivo inmigrante que favorezcan el conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España y de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres. También en el nuevo artículo 2 ter se insta a las Administraciones Públicas a desarrollar medidas específicas para favorecer el aprendizaje del castellano y demás lenguas cooficiales, la escolarización de los menores y el acceso al empleo, como factores esenciales de integración. Este mandato legal entronca directamente con la política en materia de acogida e integración que actualmente está desarrollando la Comunidad Valenciana a través de la Consellería que asume estas competencias y que analizaremos ampliamente en los siguientes apartados.

(9) Comité de Regiones en el 68.º pleno de 13 y 14 de febrero de 2007. Dictamen del Comité de las Regiones «Plan de Política en materia de inmigración legal, lucha contra la inmigración ilegal, futuro de la Red Europea de Migración» (DOUE C146, de 30 de junio).

(10) 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), con las modificaciones operadas por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307 de 23 de diciembre), la LO 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre) y la LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre).

(11) Proyecto de Ley Orgánica 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 (BOCG núm. 31-1, de 1 de julio de 2009).

Agencias «AMICS» El modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana

II

El único texto normativo a nivel estatal que trata específicamente de la integración de las personas inmigrantes es el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010¹², aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales el 16 de febrero de 2007. Como anécdota destaca el hecho de que en este Plan no se mencione, de manera inexplicable, el Plan Valenciano de Inmigración 2004-2007, siendo que en el apartado dedicado a las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales ante la integración de las personas inmigrantes, hace expresa referencia a todos y cada uno de los Planes autonómicos de integración de las personas inmigrantes que se habían aprobado hasta el año 2006¹³. Tampoco menciona las Comunidades de Asturias y Galicia, lo cual se explica, sin embargo, por el hecho de ser las dos únicas autonomías que, por entonces, no tenían planes de integración orientados a este colectivo.

Olvidos aparte, el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 recuerda la necesidad de avanzar en el reconocimiento efectivo de la igualdad de derechos y deberes de los inmigrantes, reforzando los servicios públicos, adecuando las políticas públicas a las demandas de una sociedad diversa, promoviendo su acceso a los servicios públicos en igualdad de condiciones e implantando un sistema de acogida que asegure su rápida inserción sociolaboral, para lo cual promueve el «fomento del conocimiento de los valores en los que se asienta la Unión Europea, de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución Española y de nuestras lenguas y normas sociales».

Además, dado que en su elaboración participaron las Comunidades Autónomas, los ayuntamientos, los agentes sociales, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones no gubernamentales, se concluye que este Plan no es un proyecto exclusivo del Estado, sino que se configura como un marco de cooperación en el que pueden insertarse las iniciativas de las distintas Administraciones Públicas y de la sociedad civil, permitiendo aunar esfuerzos, crear sinergias y dotar de coherencia al conjunto de las actuaciones.

II. MODELO DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA

Es precisamente este marco de cooperación uno de los factores que ha hecho posible superar el rígido modelo constitucional en el que el Estado ostentaba, según el apartado 2 del artículo 149.1 de la Constitución Española (CE), con carácter exclusivo y sin matices, las competencias en materia de *nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*. Este escenario propicia que los nuevos Estatutos de Autonomía se empleen a fondo en asegurarse la no injerencia por parte del Estado en las competencias que, de manera exclusiva o compartida, han asumido sus respectivas Comunidades Autónomas, y que están directamente relacionadas con la inmigración, como son la acogida, la prestación de servicios sociales y la integración. El postulado inicial de la competencia estatal en materia de extranjería ha quedado obsoleto, no sólo debido al reconocimiento de prestaciones cuyo ejercicio compete al ámbito autonómico, provincial o local, de conformidad con el sistema de distribución de competencias, sino también porque el inmigrante acude a la administración más próxima en demanda de dichas prestaciones y servicios ante situaciones de absoluta precariedad. Incluso algunas Comunidades

(12) Texto completo en el enlace: <http://www.mtas.es/es/migraciones/Integracion/PlanEstrategico/Docs/PECIDEF180407.pdf>.

(13) Ver páginas 106 y 107 del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010.

Autónomas, haciendo uso de la función ejecutiva en materia laboral, que tienen reconocida igualmente por la norma fundamental en el apartado 7 del artículo 149.1 de la CE, han asumido funciones que inciden directamente en la situación jurídico-administrativa de los extranjeros procedentes de países terceros, al poder tramitar y resolver las solicitudes de los permisos iniciales de trabajo que aquéllos precisan en determinadas situaciones¹⁴. De hecho, el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio¹⁵, nace con la finalidad de «adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo a los requerimientos derivados del traspaso a las comunidades autónomas de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen determinados Estatutos de Autonomía», y a lo largo de su texto insiste en la necesaria coordinación de las actuaciones que realicen tanto la Administración central como la Administración autonómica, así como en la cooperación que debe imperar entre ambas.

Desde que empezaron a publicarse las últimas reformas de los Estatutos autonómicos en Cataluña¹⁶, Islas Baleares¹⁷, Andalucía¹⁸, Aragón¹⁹, Castilla-León²⁰ y la Comunidad Valenciana²¹, vemos que, por primera vez, se especifican en sus textos las funciones concretas que desde hace tiempo venían ejerciendo en materia de inmigración, pero que todavía no habían sido formalmente recogidas en sus normas institucionales básicas. Y es por esta razón, entre otras, que el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010²² reconoce expresamente la transversalidad de la integración en materias como el empleo, la educación, la vivienda, la sanidad, los asuntos sociales, etc., parcelas todas ellas reservadas a las competencias sectoriales autonómicas o locales y en las que, necesariamente, confluyen las políticas desplegadas por el Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos.

(14) La disposición final primera del RD 1162/2009 (ver nota núm. 15) de título «Habilitación normativa y título competencial», dice textualmente: «Este real decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.2 y 149.1.7 de la Constitución, haciendo uso de la habilitación normativa que se confiere al Gobierno en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social». De ello se deduce que el legislador deja abierta una puerta para que, las Comunidades Autónomas que lo deseen, puedan asumir igualmente estas funciones ejecutivas sin necesidad de haberlo previsto expresamente en su Estatuto de Autonomía.

(15) Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica 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, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

(16) Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. *BOE* núm. 172, de 20 de julio.

(17) Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. *BOE* núm. 52, de 1 de marzo.

(18) Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. *BOE* núm. 68, de 20 de marzo.

(19) Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. *BOE* núm. 97, de 23 de abril.

(20) Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. *BOE* núm. 288, de 1 de diciembre.

(21) Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *BOE* núm. 86, de 11 de abril.

(22) Ver página 73 del Plan Estratégico. Punto 3.5 Distribución competencial y regulación de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales (ver nota núm. 12).

Agencias «AMICS» El modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana

II

Ya en la Ley de Extranjería se incorporó, en diciembre del año 2000, una disposición adicional segunda²³ que reconocía, también de forma expresa, el ejercicio de estas competencias por parte de organismos autonómicos, lo que unido a la redacción de su artículo 67 (de título «Coordinación de los órganos de la Administración del Estado») y de su artículo 68, en el que se refiere al Consejo Superior de Política de Inmigración²⁴ como órgano encargado de la coordinación de las actuaciones de las Administraciones públicas *con competencias sobre la integración de los inmigrantes*, cierra el círculo en torno al reconocimiento de la transversalidad de la materia y la necesidad de la intervención coordinada de todas las administraciones para abordarla de forma integral.

Es preciso reconocer que este Consejo Superior de Política de Inmigración y la Conferencia Sectorial de Inmigración, que sustituye definitivamente al primero tras la próxima Reforma de la LODLEIS, sólo han supuesto, hasta ahora, tímidos avances en el logro de una política migratoria basada en la plena colaboración y participación entre todos los niveles administrativos. El Consejo es un órgano colegiado presidido por la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, en el que participan diversos departamentos ministeriales, Comunidades Autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias, y que nace como un lugar de encuentro entre los tres niveles administrativos en el tema de integración social de los inmigrantes, pero que a día de hoy no ha cumplido adecuadamente su papel en la coordinación multilateral de las políticas de integración ni ha generado una eficaz dinámica de colaboración entre el Estado y las CCAA, limitándose su actuación a un esporádico intercambio de información y debate de las distintas cuestiones relativas a la inmigración. Sin embargo, desde la aprobación del vigente Reglamento de Extranjería²⁵, cuyo desarrollo fue objeto de un amplio procedimiento de consultas y discusiones con las Comunidades Autónomas, precisamente en el seno del Consejo, pareciera que hubiera visto revitalizadas sus funciones participativas y de impulso de la colaboración.

No podemos olvidar que en medio de este contexto surge, en octubre del año 2004, la *Conferencia de Presidentes*, representando la aparición, por primera vez en el sistema español, de un órgano de colaboración intergubernamental al máximo nivel, y lo hace en un sistema mar-

(23) Disposición adicional segunda Ley 4/2000. Subcomisiones de Cooperación. (Redactada conforme a la Ley Orgánica 8/2000) «En atención a la situación territorial y a la especial incidencia del fenómeno migratorio y a las competencias que tengan reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía en materia de ejecución laboral y en materia de asistencia social, y en concordancia con los mismos, se podrán constituir subcomisiones en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en concordancia con lo que prevean sus respectivos Estatutos de Autonomía, para analizar cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros que les afecten directamente. En particular, en atención a la situación geográfica del archipiélago canario, a la fragilidad de su territorio insular y a su lejanía con el continente europeo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.1 de su Estatuto de Autonomía, en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Canarias - Estado se constituirá una subcomisión que conocerá de las cuestiones que afecten directamente a Canarias en materia de residencia y trabajo de extranjeros».

(24) El Consejo Superior de Política de Inmigración desaparece tras la próxima reforma de la Ley de Extranjería, siendo sustituido por la Conferencia Sectorial de Inmigración, que asume sus competencias. El propio texto legal destaca su incorporación como cauce más eficaz para canalizar la cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, así como la exigencia de una actuación coordinada de ambas Administraciones Públicas, cuando la Comunidad Autónoma hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo. Es también importante el reconocimiento e institucionalización de la Comisión Laboral Tripartita como cauce institucional para establecer el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en materia de inmigración.

(25) 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).

cado por una red de Conferencias Sectoriales verticales y por un entramado de relaciones de colaboración articulado casi exclusivamente entre el Estado y las CCAA. En su tercera reunión, en enero de 2007, se acordó la creación de la *Conferencia Sectorial de Inmigración*, que fue aprobada por el Consejo de Ministros en sesión de 2 de marzo de 2007, a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas. Su objetivo era fortalecer la cooperación entre las distintas administraciones públicas relacionadas con los temas de inmigración haciendo más eficaz el ejercicio de sus competencias tanto por parte del Estado como de las Comunidades Autónomas. Su primera y única reunión, en la que asistieron como observadores los ayuntamientos, tuvo lugar el 9 de julio de 2008.

La evidente insistencia en los términos «coordinación» y «cooperación» que venimos observando en todas las normas, a nivel europeo, estatal y autonómico, relativas a la inmigración y la extranjería, deja claro el modelo de relaciones interadministrativas e interinstitucionales que viene configurándose desde hace casi una década, y con el que se pretende abordar la elaboración de todas las políticas sobre esta materia extraordinariamente compleja, que requiere de una actualización constante por tratarse de un fenómeno en continua evolución²⁶. Y es que no es ningún secreto que una Administración Pública coordinada es una Administración mejor.

III. EVOLUCIÓN DEL PROYECTO «AMICS»

La idea de crear las Agencias de Mediación para la Integración y la Convivencia Social (AMICS), nomenclatura que tiene un doble significado, pues en su traducción al castellano significa «amigos», surge a raíz del Pacto Valenciano por el Crecimiento y el Empleo (PAVACE) para el período 2001-2006²⁷, según el cual, uno de los programas incluidos en el Plan Valenciano de Integración para las personas inmigrantes era el impulso, por parte de la Administración, «de una serie de actuaciones conducentes a garantizar la integración social, lingüística, educativa y cultural tanto del alumnado en edad de escolarización obligatoria como de personas adultas». Pero habrá que esperar al Plan Valenciano de Inmigración 2004-2007²⁸, para que estas Agencias empiecen realmente a materializarse, correspondiéndole a la Conselleria de Bienestar Social, que entonces asumía las competencias sectoriales en inmigración, el desarrollo, en el marco del área de relaciones interinstitucionales, de aquellos programas cuyo objetivo fuera lograr la máxima coordinación y cooperación entre los diferentes niveles administrativos a la hora de poner en funcionamiento las políticas concretas en materia de integración de los inmigrantes. Entre estos programas se detallaba uno relacionado directamente con las Agencias de Mediación para la Integración y la Convivencia Social²⁹. Pero será el vigente Plan Director de Inmigración

(26) Precisamente uno de los objetivos del Proyecto de Reforma de la LODLEIS (ver nota núm. 11) es el de «potenciar la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias que asimismo inciden en materia de inmigración y reforzar la cooperación entre ellas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad a los ciudadanos».

(27) Texto completo en el enlace: http://portales.gva.es/c_economia/web/hacienda/organos/dge/pavace_c.pdf.

(28) Texto completo en el enlace: <http://portal.aragon.es/portal/page/portal/INMIGRACION/PLAN/PLAN+VALENCIANO.PDF>.

(29) Ver página 254 del Plan Valenciano de Inmigración 2004-2007 (ver nota núm. 28).

Agencias «AMICS» El modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana

II

ción y Convivencia 2008-2011³⁰, con un presupuesto consolidado para toda su vigencia de 5.794 millones de euros, el que favorezca su lanzamiento definitivo.

Es importante tener en cuenta, para explicar el notable impulso que estas oficinas han recibido en los últimos dos años, la reestructuración de las diferentes Consellerías que integran la Generalitat Valenciana, que se produce, tras las elecciones autonómicas de mayo de 2007, con la publicación del Decreto 92/2007³¹, el cual dedica el título XV a la entonces recién inaugurada Consellería de Inmigración y Ciudadanía. En su artículo 35 establece que la Secretaría Autonómica asumirá las funciones que le atribuye el artículo 68 de la Ley del Consell en materia de inmigración, cooperación al desarrollo y solidaridad, ciudadanía e integración, y dependerán de ella la Dirección General de Inmigración, que asumirá las funciones en materia de integración de la inmigración en los ámbitos educativo, laboral, sanitario y de vivienda; la Dirección General de Cooperación al Desarrollo y Solidaridad, que asumirá las relativas a este ámbito y la Dirección General de Ciudadanía e Integración, que actuará en materia de participación social y ciudadana, apoyo a los colectivos de valencianos residentes fuera del territorio y apoyo a las casas regionales y federaciones de asociaciones de otras comunidades con sede en la Comunidad Valenciana.

La Consellería de Inmigración y Ciudadanía, a través de la Dirección General de Inmigración, aprobó el 18 de julio de 2008 el Plan Director de Inmigración y Convivencia 2008-2011, el cual desarrolla toda una serie de medidas para la promoción de la integración de la población inmigrante en la Comunidad Valenciana con las que se pretende la normalización de los servicios ofrecidos desde las distintas instituciones, basándose en los principios de prevención, coordinación, transversalidad y cooperación administrativa. Entre sus objetivos generales destacan el de incrementar la participación de la Administración Autonómica Valenciana en la gestión de determinadas áreas competencia de la Administración General del Estado; el de mejorar la coordinación entre la Generalitat y las entidades locales en materia de inmigración; y el de conseguir un funcionamiento ágil y eficaz de la red de Agencias AMICS.

Las 191 medidas contenidas en este Plan forman parte de 45 programas departamentales de actuación descritos según diez Áreas de Integración, a saber: 1-Acogida y acompañamiento; 2-Garantías jurídicas; 3-Salud; 4-Educación; 5-Empleo y formación; 6-Vivienda; 7-Igualdad; 8-Familia, infancia y juventud; 9-Sensibilización y opinión pública; y 10-Codesarrollo y relaciones interinstitucionales, siendo en esta última donde se enmarcan aquellos programas cuyo objetivo es el logro de la máxima coordinación y cooperación entre los diferentes niveles de las administraciones públicas a la hora de poner en funcionamiento y desarrollar las políticas concretas en materia de integración y, en concreto, donde se inscribe el programa destinado a la coordinación y desarrollo de las Agencias AMICS, con un presupuesto asignado para los cuatro años de vigencia del Plan de 2.136.878 euros. Las medidas a adoptar para llevar a cabo este programa³², detalladas en el punto 10.1.5 son: 1-Unificar y concentrar los servicios de información y asesoramiento a la población inmigrante en el ámbito local; 2-Favorecer la integración de las

(30) Texto completo en el enlace: http://www.cic.gva.es/images/stories/dgi/plan_valenciano/pd_inmigracin_y_convivencia_2008-2011.pdf.

(31) Decreto 92/2007, de 6 de julio, del Consell, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las Consellerías de la Generalitat (DOGV núm. 5551, de 9 de julio), modificado por el Decreto 122/2008, de 19 de septiembre (DOGV núm. 5854, de 22 de septiembre).

(32) Ver página 53 del Plan Director de Inmigración y Convivencia 2008-2011 (ver nota núm. 30).

comunidades vecinales con objeto de mejorar la calidad de vida en los municipios; 3-Prestar servicios sociales y de promoción e inserción sociolaboral a la población inmigrante; y 4-Ofrer servicios de mediación de la diversidad cultural dirigidos al conjunto de la población. Constituye este programa y sus correspondientes previsiones la continuación de otro detallado en el punto 10.3 del anterior Plan Valenciano de Inmigración 2004-2007³³, al que nos hemos referido más arriba.

Las Agencias AMICS son consideradas como «instrumento clave» para impulsar la integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana, que con un 16,85% de población extranjera, ocupa el tercer puesto en el *ranking*, detrás de Cataluña y Madrid. En la Comunidad Valenciana se da la circunstancia especial de que el 54% de la población extranjera empadronada es originaria de algún país de los 26 que, junto con España, conforman la Unión Europea, porcentaje que por provincias sería del 62% en Castellón, 41% en Valencia y 61% en Alicante.

Si atendemos a la distribución de la población por municipios, encontramos que de los 542 ayuntamientos de la Comunidad, 396 cuentan con más de un 5% de personas empadronadas venidas de otros países. Distribuidos por provincias, la de mayor densidad es la alicantina (donde el 88% de sus municipios supera ese 5%), mientras que en Valencia y Castellón el 67% de sus localidades sobrepasan este porcentaje. Esta circunstancia hace que las 82 Agencias AMICS que actualmente hay en funcionamiento presten sus servicios a todo ciudadano que requiera de ellos, sean autóctonos o extranjeros, con independencia de los motivos que les han llevado a establecerse en la Comunidad Valenciana. De hecho, de las 22.006 atenciones realizadas en el primer trimestre de 2009, el 42% corresponde a personas procedentes del Magreb, el 25% de Latinoamérica, el 19% de ciudadanos comunitarios y el 1% eran españoles que requerían información sobre contrataciones a extranjeros o sobre la situación jurídico-administrativa de sus parejas.

Estas Agencias se encuentran reguladas en la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana³⁴, y son definidas como «oficinas locales de información, mediación, asesoramiento y orientación para el colectivo inmigrante, con el fin de facilitar el conocimiento y puesta a disposición de los recursos que la administración y otras entidades disponen en la materia», dejando su organización y funcionamiento a desarrollo reglamentario.

Para extender la red de Agencias AMICS por todo el territorio de la Comunidad Valenciana es necesario contar con las corporaciones locales como administraciones más próximas a los lugares de residencia o trabajo de la población inmigrante, y será la participación de los entes locales lo que redundará en favor del desarrollo de actuaciones que beneficien la integración de este colectivo. Con esa finalidad la Consellería de Inmigración y Ciudadanía viene impulsando anualmente una convocatoria de ayudas económicas al objeto de colaborar con aquellas entidades locales de la Comunidad Valenciana que, coordinadamente con la Dirección General de Inmigración, prevean la creación y puesta en marcha en su ámbito territorial de Agencias de Mediación para la Integración y la Convivencia Social. De esta forma la Consellería de Inmigración y Ciudadanía, que es a la que corresponde, entre otras, las competencias relativas a la co-

(33) Ver nota núm. 29.

(34) Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana (BOE núm. 9, de 10 de enero de 2009).

Agencias «AMICS» El modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana

II

ordinación de las políticas de integración de los inmigrantes, ha conseguido configurar esta red de Agencias como un instrumento que posibilita la unificación y concentración de los servicios de información, orientación, mediación y asesoramiento, y que actualmente son prestados de manera dispersa desde diferentes entidades, organizaciones sociales y administraciones públicas. La última convocatoria de ayudas fue publicada en la Orden de 17 de diciembre del 2008³⁵, y su objeto era el de financiar los gastos de inversión realizados por las entidades locales para la adquisición de equipamiento y material inventariable destinado a la creación y puesta en marcha de Agencias AMICS de su titularidad, en el ejercicio 2009. Únicamente se conceden estas ayudas a las entidades locales que cuenten, en su ámbito territorial, con un porcentaje de población extranjera empadronada superior al 3% respecto de su población total y dispongan de un Plan para la integración de los inmigrantes, entre otros requisitos.

Entre las obligaciones que adquieren los ayuntamientos que accedan a estas ayudas está la de mantener en funcionamiento la Agencia durante un período de diez años, dotarla del personal necesario para la correcta prestación de los servicios que le son inherentes, asegurar su debida colaboración con la Consellería de Inmigración y Ciudadanía y facilitar las actuaciones de comprobación, seguimiento e inspección por parte de la Dirección General de Inmigración, al objeto de conocer cualquier aspecto de la aplicación de las cantidades objeto de subvención.

El pasado 22 de abril se publicaba en el Diario Oficial de la Comunitat Valenciana (DOCV) la Resolución, de 15 de abril³⁶, donde se relacionan las últimas entidades locales a las que se ha concedido la subvención para la creación y puesta en marcha de una Agencia AMICS, funcionando en la actualidad 40 oficinas en la provincia de Valencia, 21 en la de Castellón y 21 más en la de Alicante.

IV. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS AGENCIAS

Mediante el Decreto 93/2009, de 10 de julio³⁷, se ha publicado el Reglamento que desarrolla la Ley 15/2008, de integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana. En su preámbulo menciona algunos de los instrumentos europeos que han sido relacionados al principio de este artículo, como son, la Directiva 2003/109/CE, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, la Decisión del Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en Bruselas, de 19 de noviembre de 2004, y la Comunicación de la Comisión titulada «Programa común para la integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea», como referentes en cuanto al modelo de integración que, de forma transversal, debe prevalecer en el conjunto de las políticas migratorias que se desarrollen en la Unión Europea, tanto a nivel comunitario, como a nivel nacional, autonómico y local.

(35) Orden de 17 de diciembre del 2008, de la Consellería de Inmigración y Ciudadanía, por la que se regulan y convocan ayudas económicas destinadas a entidades locales de la Comunitat Valenciana, para la creación y puesta en marcha de agencias AMICS en el ejercicio 2009 (DOCV núm. 5917, de 19 de diciembre).

(36) Resolución de 15 de abril de 2009, del Conseller de Inmigración y Ciudadanía, por la que se conceden y se da publicidad a las ayudas económicas destinadas a entidades locales de la Comunitat Valenciana, para la creación y puesta en marcha de agencias AMICS en el ejercicio 2009 (DOCV núm. 5998, de 22 de abril).

(37) Decreto 93/2009, de 10 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana (DOCV núm. 6056, de 14 de julio).

Este Reglamento regula detalladamente los instrumentos de integración que plantea la Ley 15/2008, entre los que se encuentran las Agencias de Mediación para la Integración y la Convivencia Social, a las que dedica su título V. A su vez este bloque se subdivide en tres capítulos: el primero recoge las reglas generales aplicables a las Agencias AMICS; en el segundo se refiere a la Red de AMICS como instrumento de coordinación de las políticas de integración formado por la Consellería de Inmigración y Ciudadanía y los entes locales que dispongan de Agencia AMICS (actualmente 82 municipios disponen de esta oficina) o, en su defecto, de un Plan de Integración Social de las personas inmigrantes y de un servicio de atención permanente a este colectivo (actualmente hay 59 entidades locales adheridas). En el tercer capítulo se regula el Registro de la Red de AMICS. Nos centraremos en el primero de ellos y en las actividades que actualmente se están desarrollando para la consecución y buen término de este entramado.

Los principios rectores en los que se basa la organización y el funcionamiento de estas oficinas locales se especifican en el artículo 25 del Reglamento y son: 1-Coordinación; 2-Cooperación; 3-Pleno respeto a la igual dignidad de todas las personas y garantía de no discriminación; 4-Responsabilidad profesional y servicio a los ciudadanos; 5-Reciprocidad; y 6-Cohesión social. Con esta enumeración se constata que el modelo de integración adoptado en esta Comunidad Autónoma se adecua al que se está impulsando insistentemente desde las instituciones europeas y desde el gobierno central, y a cuya exposición hemos dedicado el segundo apartado de este estudio.

Cada Agencia AMICS se adscribe y depende orgánicamente de la entidad local en cuyas instalaciones se encuentre ubicada –la cual también determinará su estructura y funcionamiento– y será coordinada por la Dirección General de Inmigración. Deben dotarse de un reglamento de régimen interior que regule su organización, gestión y funcionamiento, pero siempre en el marco del Reglamento general y tienen la obligación de remitir trimestralmente a la Dirección General una memoria de actividades y cualquier informe que ésta les requiera sobre la prestación del servicio.

El personal que atiende al público en las Agencias –que ha de tener, como mínimo, la cualificación de diplomado universitario o equivalente– depende exclusivamente de la entidad local, la cual debe informar a la Dirección General de los cambios que se produzcan, y su financiación será compartida entre ambos organismos públicos. En la actualidad hay un total de 99 profesionales implicados, de los cuales el 80% son mujeres y en un elevado porcentaje se trata de titulados en trabajo social, mediación intercultural o sociología. Sus funciones son, entre otras, configurar los instrumentos de asesoramiento necesarios a fin de ponerlos al servicio de las Administraciones locales y demás agentes sociales; facilitar el acceso al programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana «Escuelas de Acogida»; y prestar servicios de información, mediación, asesoramiento y orientación. Principalmente se ofrece información en las siguientes materias: situación jurídico-administrativa y posibilidad de regularizarla en la Comunidad Valenciana, lugares donde deben tramitar sus solicitudes, acceso al sistema educativo, acceso a la formación ocupacional y no reglada, acceso al sistema laboral, acceso al sistema sanitario, tramitación y recepción de una vivienda digna, asesoramiento en materia de integración cultural, etc.

Para el correcto desempeño de estas funciones las Agencias AMICS y las demás entidades adheridas a la Red de AMICS disponen de instrumentos de trabajo comunes tanto *on-line* (página

Agencias «AMICS» El modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana

II

web³⁸, protocolos de actuación, aplicación informática propia, etc), como presenciales. El equipo humano de apoyo a las Agencias está formado por 19 personas, a saber: una jefa de área, un coordinador autonómico, una asesora técnica autonómica, tres coordinadores provinciales, cinco mediadores interculturales, un responsable de la página web, una asesora jurídica, un coordinador de las Escuelas de Acogida y cinco profesores que ayudarán a implementar el proyecto piloto de estas Escuelas en las Agencias AMICS de Valencia, Castellón, Orihuela y Vinarós. Se trata de un equipo que proporciona asesoramiento técnico y jurídico y que se encarga de recibir los problemas, necesidades y sugerencias por parte del personal de las Agencias, suponiendo ello una interlocución directa entre la Administración local y la Dirección General de Inmigración. Además existe un intercambio fluido de buenas prácticas entre todos los agentes implicados y se realizan reuniones periódicas provinciales para la puesta en común de experiencias y propuestas.

Las áreas de trabajo que abordan las distintas Agencias están ligadas con las que se proponen en el Plan Director de Inmigración 2008-2011, y así, la totalidad de estas oficinas locales llevan a cabo acciones vinculadas al área de garantías jurídicas, el 95% ofrece servicios de información y acogida, el 83% dispone de servicios de empleo y formación, más de un 70% incluye servicios relacionados con la educación y la vivienda y alrededor de un 50% realizan, además, atenciones relacionadas con la familia, la salud, la infancia, la juventud y la igualdad.

Finalmente, las Agencias AMICS pueden ser de dos tipos, municipales y supramunicipales (mancomunidades). A continuación se incluye un cuadro donde se detallan, agrupadas por comarcas, las 82 oficinas locales que actualmente hay en funcionamiento en la Comunidad Valenciana, indicando el porcentaje de población extranjera empadronada sobre el total.

Provincia	Comarcas y población extranjera (%) sobre el total de la comarca	Agencias AMICS
CASTELLÓN	Plana Alta (15,2%)	Almassora, Benlloch, Castellón, Oropesa del Mar
	Plana Baixa (8,2%)	Almenara, Alquerías del Niño Perdido, Artana, Burriana, Eslida, Nules, Vall d'Uixó, Vila-real
	Baix Maestrat (15,8%)	Alcalá de Xivert, Benicarló, Peñíscola, Vinarós
	Alto Mijares (5,5%)	Toga, Torrechiva, Mancomunidad Espadán-Mijares
	Alto Palancia (5,8%)	Mancomunidad Alto Palancia
	Alcalatén (6,0%)	Alcora

(38) <http://www.amics.gva.es>.

Laura García Juan

II

Provincia	Comarcas y población extranjera (%) sobre el total de la comarca	Agencias AMICS
VALENCIA	Ribera Alta (5,9%)	Benifaió, Carcaixent, La Pobla Llarga, Mancomunidad de la Ribera Alta
	Ribera Baixa (6,2%)	Polinyà del Xúquer
	Canal de Navarrés (12,3%)	Enguera, Mancomunidad Canal de Navarrés
	Vall d'Albaida (8,0%)	Aielo de Malferit, Castelló de Rugat, Montaverner, Montichelvo, Ontinyent, La Pobla del Duc, Quatretonda
	La Safor (13,9%)	Gandía, Oliva, Mancomunidad de la Safor
	València (10,3%)	Valencia
	Camp de Túria (6,3%)	Benaguasil, Benisanó, La Pobla de Vallbona, Mancomunidad Camp de Túria, Mancomunidad Alto Túria
	Horta Nord (5,6%)	Foios, Meliana, Moncada, Puçol
	Horta Oest (5,9%)	Manises, Mislata, Paterna, Torrent
	Horta Sud (5,6%)	Paiporta
	Camp de Morvedre (6,0%)	Faura, Sagunt
	Rincón de Ademuz (4,1%)	Torrebaja
	Plana de Utiel-Requena (5,9%)	Requena, Utiel
Los Serranos (6,2%)	Pedralba, Tuéjar	
Hoya de Bunyol (6,4%)	Bunyol	
ALICANTE	Marina Alta (38,9%)	Dénia
	L'Alcoià (5,6%)	Alcoi
	Marina Baixa (28,9%)	Alfas del Pí, Altea, Benidorm, Callosa d'en Sarrià
	Alt Vinalopó (6,4%)	Villena
	Baix Vinalopó (9,6%)	Crevillente, Santa Pola
	Vinalopó Mitjà (6,7%)	Aspe, Elda, Novelda
	L'Alacantí (10,8%)	Alicante
Baix Segura (La Vega Baixa) (33,8%)	Almoradí, Catral, Dolores, Formentera del Segura, Los Montesinos, Orihuela, Pilar de la Horadada, Torrevieja	

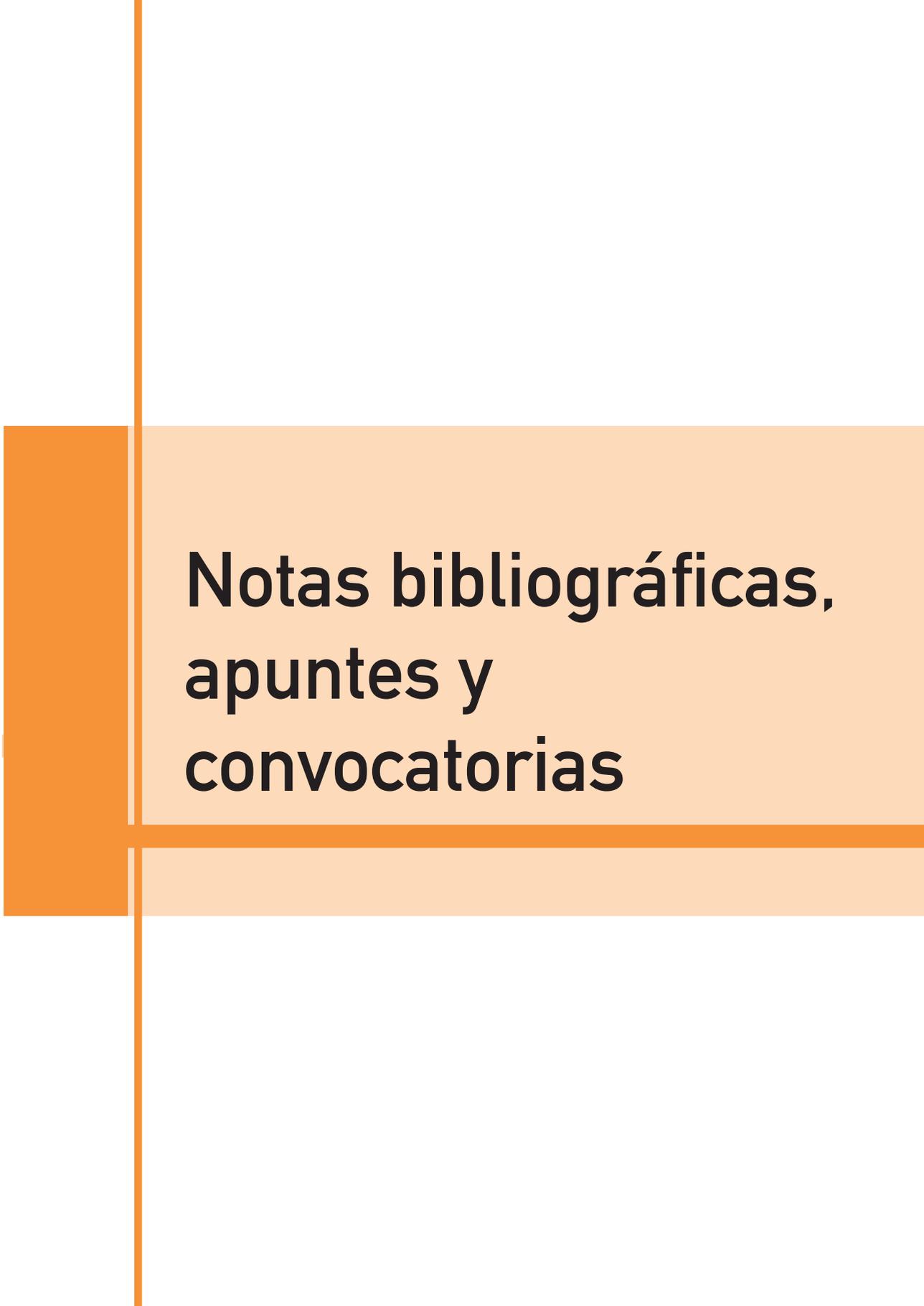
Agencias «AMICS» El modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana

II

Según se deduce de la lectura de la Memoria Agencias AMICS 2008³⁹, elaborada por la Dirección General de Inmigración a partir de las memorias trimestrales que recibió el pasado año por parte de las Agencias que estaban en activo, no han sido pocas las actuaciones llevadas a cabo para la creación, consolidación y seguimiento de las oficinas inauguradas y puestas en funcionamiento durante el año 2008, y ello teniendo en cuenta que sólo en los últimos dos ejercicios es cuando se ha avanzado verdaderamente en su consecución, ya que desde su planteamiento en el Plan Valenciano de Inmigración 2004-2007, las escasas oficinas que se habían puesto en marcha desempeñaron un papel más bien simbólico. Pero todavía queda mucho por hacer, sobre todo en materia de formación especializada del personal técnico que presta sus servicios en las Agencias y en la necesidad imperiosa de mejorar las relaciones y la comunicación con las Subdelegaciones de Gobierno provinciales de las que dependen las cuatro Oficinas de Extranjeros que operan en la Comunidad Valenciana.

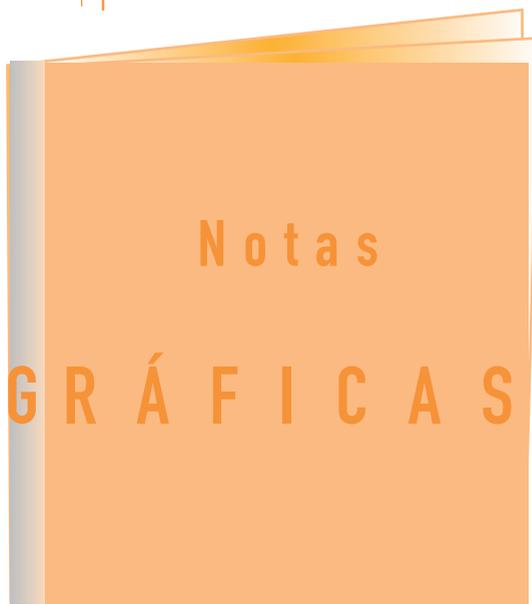
Como hemos ido viendo, la adecuada coordinación y la constante colaboración entre los diferentes niveles administrativos no sólo son necesarias en esta materia en particular, sino que es la clave para el correcto funcionamiento de toda la maquinaria que se ha construido para lograr una buena gestión del fenómeno migratorio en España, máxime cuando las tres administraciones (central, autonómica y local) intervienen en ella dentro de sus respectivas competencias, ya sean exclusivas o compartidas, realizando funciones determinantes en cada aspecto de la vida de las personas procedentes de otros países.

(39) Ver texto completo en el enlace: [http://www.amics.gva.es/images/stories/resumen_memo_2_04_09%20amics\[1\].pdf](http://www.amics.gva.es/images/stories/resumen_memo_2_04_09%20amics[1].pdf).



**Notas bibliográficas,
apuntes y
convocatorias**

BIBLIOGRÁFICAS



- BELTRÁN, E.: *Derechos torcidos*, Editorial Debate, Barcelona, 2009, 378 pp.
- CEA D'ANCONA, M.A. y VALLES MARTÍNEZ, M.S.: *Evolución del racismo y la xenofobia (Informe 2008)*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, 334 pp.
- COUNCIL OF EUROPE: *Access to justice for migrants and asylum seekers in Europe*, Estrasburgo, 2009, 129 pp.
- *Legal instruments for combating racism on the Internet*, Estrasburgo, 2009, 175 pp.
- DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (coords.): *La igualdad en derechos: Claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009, 541 pp.
- FUENTES I GASO, J.M. y GIUFRE I FONT, J.: *Esquemas de Extranjería*, tomo XVIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 258 pp.
- FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *Extranjería: Función notarial y derecho documental* (vol. I), Marcial Pons, Madrid, 2009, 805 pp.
- GISTI: *Les enfants entrés hors regroupement familial ont droit aux prestations familiales*, 2.ª ed., París, 2009, 48 pp.
- GONZÁLEZ ENRIQUEZ, C. (dir.): *Los sindicatos ante la inmigración*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, 202 pp.
- MARCOS DEL CANO, A.M.: *Inmigración, Multiculturalismo y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 411 pp.
- MOLINA NAVARRETE, C. y PÉREZ SOLA, N.: *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Grupo Difusión, Madrid, 2009, 556 pp.

Notas bibliográficas

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *El cambio climático, la degradación del medio ambiente y la migración: Qué hacer ante las circunstancias de vulnerabilidad de la población y cómo aprovechar las oportunidades de solventar el problema*, Ginebra, 2009, 195 pp (en griego, inglés, francés y español).
- *International Migration Law and Policies in the Mediterranean Context*, Ginebra, 2009, 248 pp.
- PARRA, J.F.: *La inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, 248 pp.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F.: *Estudios de derecho y ciudadanía española en el exterior*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, 350 pp.
- PINYOL, G. (coord.): *La dimensión exterior de las políticas de inmigración en la Unión Europea*, Fundació CIDOB, Barcelona, 2009, 183 pp.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (coord.): *La integración de los extranjeros: Un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier Libros, Barcelona, 2009, 794 pp.
- SOLÉ, C.: *Nuevos retos del transnacionalismo en el estudio de las migraciones*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, 248 pp.
- UNESCO: *Migración sin fronteras (Ensayos sobre la libre circulación de las personas)*, París, 2009, 278 pp.
- WEBER, A.: *Manuel sur le discours de haine*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2009, 97 pp.
- ZAPATA-BARRERO, R. (ed.): *Políticas y gobernabilidad de la inmigración en España*, Ariel, Barcelona, 2009, 336 pp.

Notas bibliográficas

La igualdad en los derechos: claves de la integración

DE LUCAS Javier y SOLANES Ángeles (ed).
Dykinson, Madrid, 2009, 541 pp.

POR:

ANDREA MORGAN ALARCÓN

Pontificia Universidad Católica del Perú

¿Cómo convertir la máxima de la igualdad en los derechos, sobre la base de la participación social y política de los inmigrantes en un elemento clave de la integración? Efectivamente es una cuestión que ha sido y es objeto de especial interés tanto en las líneas de estudio sobre las migraciones, dirigidas por el Prof. De Lucas y el equipo de investigación de la Universitat de Valencia como en numerosas publicaciones del Prof. De Lucas y la Profa. Solanes. El volumen colectivo *La igualdad de los derechos: claves de la integración*, editado por De Lucas y Solanes, proporciona una lectura esencial y de referencia, desde una perspectiva de análisis pluridisciplinar, para todos aquellos que deseen aproximarse al análisis de la integración, o, para decirlo bien, la cohesión social, como uno de los más significativos desafíos a reconsiderar en el modelo de gestión democrática nacional y europeo de las actuales sociedades multiculturales.

Para ello, el libro se estructura en dos partes o ejes temáticos de análisis que versan sobre la integración social y la participación política, para construir desde ambas perspectivas un marco de reflexión común, plural y riguroso que recoja las múltiples

intersecciones y relaciones entre la igualdad en derechos, en concreto, la participación social y política de los inmigrantes como elementos clave en el proceso de integración.

Así, con vistas a una eficaz y progresiva integración social de los inmigrantes dos son los escenarios de análisis escogidos en *Inmigración, derechos e integración social*: la situación actual de las políticas migratorias seguidas en la Unión Europea y en España. Con respecto al ámbito de la Unión Europea, se propone un balance de las más recientes claves de su política migratoria desde la aprobación del programa de Tampere hasta el reciente Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (octubre 2008). De este modo, algunas cuestiones presentadas como determinantes por su incidencia en la integración social de los inmigrantes se analizan en el trabajo de Javier De Lucas titulado «La inmigración y la lógica de “Estado de sitio” (a propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)». Un trabajo que advierte de los prejuicios que impregnan el terrorismo, la amenaza al acostumbrado standard de vida y una necesidad acuciante de controlar los movimientos migratorios la Unión Europea. La *Directiva de retorno* entre otras normas comunitarias que se adoptan olvidan los derechos humanos de los migrantes y el Estado de derecho permitiendo que sólo a ellos les sea aplicable una lógica de estado de excepción. De Lucas, expone esta situación con claridad a través de un profundo análisis de los riesgos de violación de los derechos humanos que entraña la Directiva sobre los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. Sobre la gestión y control de la inmigración irregular, en «La acción de la Unión Europea contra la inmigración irregular», Andreu Olesti Rayo analiza algunas de las medidas más representativas para el control y lucha contra la inmigración irregular. Éstas se concretan en mecanismos como exigencias de visado, una mejorada gestión de las fronteras exteriores y la cooperación en materia de expulsión de nacionales de países no comunitarios.

Notas bibliográficas

Conviene señalar que Olesti identifica una grave omisión: la inexistencia de una definición comunitaria de inmigrante irregular que conduce a que cada Estado miembro determine la situación administrativa de cada individuo, pudiendo variar de un país a otro. En cambio, es precisamente, el afán selectivo respecto a los flujos migratorios emergente en la Unión Europea y en los Estados miembros, el contrapunto interesado de las políticas migratorias. En «La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana» Ángeles Solanes con una contribución actual cuestiona categóricamente la idoneidad de la nueva propuesta comunitaria en la materia. La política de migración de la Unión Europea es a todas luces elitista, en tanto en cuanto la movilidad humana en la Unión Europea es limitada además de la nacionalidad por las necesidades del mercado laboral. Es por ello que Solanes advierte que es el propio modelo de inmigración europeo, que responde sólo a la demanda de ciertos trabajadores cualificados, el que no propiciará la integración pues no se los concibe como una migración permanente si se presta atención a las condiciones de los permisos de trabajo. Teniendo en cuenta que no se puede prescindir de la migración no deseada en vista de que es necesaria para el normal funcionamiento de la economía, la coexistencia de ambos modelos: el que facilita la migración cualificada y el que permite el ingreso de mano de obra no cualificada, sólo confirman «la sumisión del Estado de Derecho a la anarquía del mercado». Una última cuestión clave con especial incidencia a nivel nacional y europeo es analizada por Javier González Vega en «La inmigración irregular y la política convencional: examen de la práctica española». Una contribución que partiendo del desarrollo convencional de los acuerdos de admisión confronta la competencia discrecional de los Estados a la hora de modelar sus políticas de inmigración y el respeto a los límites que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El autor aporta una visión crítica no sólo sobre los instrumentos convencionales sobre la inmigración irregular, concretamente acuerdos de readmisión y de ordenamiento de flujos labora-

les, de carácter claramente represivo, sino también sobre algunos actos no convencionales que constituirían «el lado oscuro» de la política exterior española, pues su práctica conllevaría violaciones a los derechos humanos y al Estado de Derecho.

Sobre las condiciones y presupuestos institucionales, políticos y sociales de la participación sociopolítica en España, el trabajo de Miguel Pajares, «Inmigración y Políticas Públicas», describe las principales acciones en materia de gestión de flujos y de políticas de integración en el nivel comunitario, nacional y de las comunidades autónomas. El autor llama la atención sobre la aparición de una especie de «integración coercitiva» en la que ésta se plantea en términos de obligación y condicionante a la renovación de permisos de residencia, en algunos países de la Unión Europea. Pajares realiza un extenso recorrido por cada uno de estos programas, señalando sus progresos, limitaciones y dilemas. Uno de ellos, es el de optar por la especificidad o la normalización, siendo que se corre el riesgo de caer en el segregacionismo y en la inacción respectivamente. Una detallada visión institucional de las políticas públicas que se completa con el grado de desarrollo de las políticas de codesarrollo por Carlos Gómez Gil en «La Fábula del desarrollo y sus efectos sobre la inmigración. Del codesarrollo a los Objetivos del Milenio». En ella el autor sugiere replantear el concepto de Ayuda Oficial al Desarrollo AOD y el de codesarrollo, pues hay mucho de oportunismo en algunos gobiernos que consideran que las contribuciones de los migrantes estarían destinadas para el desarrollo de sus países y en asociar los procesos de desarrollo de los países de emigración con el descenso en los movimientos migratorios. Gómez Gil cuestiona el significado técnico de los Objetivos del Milenio, al no abordar todas las metas de la cooperación internacional pero reconoce que su fracaso pondría en crisis el sistema de ayuda internacional.

Seguidamente, el alcance de estrategias para conseguir una buena cohesión social desde *sociedades multiculturales*, comprende otras relevantes apor-

Notas bibliográficas

I

taciones desde diversas áreas de intervención de las personas inmigrantes participan en la vida pública. Sobre la educación intercultural, Xavier Lluç Balaguer en «Sociedad y multiculturalidad. Una perspectiva educativa», constata la coexistencia de la multiculturalidad y globalización con vocación homogeneizante y como contrapartida propone un enfoque global de la multiculturalidad. Para ello, resulta necesario creer en la deseabilidad de la heterogeneidad a la vez que no percibirla como un rasgo de disminución que requiera compensación, sólo así se estará en camino de la ansiada cohesión social. Desde el ámbito de la salud, Albert Mora, en «Integración, participación y estrategias de intervención en el ámbito de la salud: mediación intercultural», *intervención psico-social y promoción de derechos*, explora la relación de desigualdad sobre la que se ha venido construyendo la integración, la violencia ejercida contra los migrantes y la influencia que la misma tiene en su salud. Mora aborda la problemática que ellos enfrentan en el acceso a los servicios de salud así como la mediación intercultural como estrategia que permite eliminar barreras. Aplicándose junto con la participación social ayudarían en la construcción de una auténtica integración. La meta sería incorporar una concepción de salud de carácter intercultural. Desde una perspectiva eminentemente jurídica, el aspecto laboral es tratado por Alfonso Mellado y Gemma Fabregat en «La situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española». El estudio se centra en los extranjeros no comunitarios, analizando los derechos laborales y de seguridad social tanto de los trabajadores autorizados a trabajar como de los no autorizados, pues la titularidad de aquéllos depende de la regularidad de la situación de los migrantes. No obstante, la actual legislación de extranjería considera válida la relación laboral del extranjero no autorizado a trabajar. Los autores realizan una explicación amplia sobre la contratación, el principio de equiparación laboral, las prestaciones de la seguridad social y los derechos colectivos, identificando problemas y limitaciones según la situación del trabajador. Sin embargo, ellos son de la opinión de que

en lo que respecta al ordenamiento laboral sólo la condición de trabajador debería importar. Culmina la primera parte de este libro y eje de análisis, con el trabajo «Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica en España como requisito para la participación e integración de las personas migrantes» de José García Añón. Precisamente, señalando la relevancia de las garantías normativas, el autor advierte que su aplicación es cuestionable pues no está exenta de conductas racistas. En ese sentido, se hace necesaria una integración jurídica y política que favorezca la inclusión de los inmigrantes.

Completando el discurso de la igualdad de derechos como clave de la integración, en la segunda parte del volumen *Inmigración, derechos y participación política*, se recogen diversas aportaciones sobre la participación política y la integración de los inmigrantes desde el ámbito de análisis de la Teoría de los derechos y el pensamiento utópico, el ideal cosmopolita y la retórica política de los planes de integración. Y tales cuestiones se relacionan desde una vertiente más práctica con el análisis de aspectos claves como el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español, los mecanismos de las legislaciones estatales para hacer efectiva la participación política de los inmigrantes y el reto de la cohesión social de las minorías étnicas. La participación política y la integración de los inmigrantes desde el ámbito de la Teoría de los derechos, cuenta con la contribución de Rafael de Asís Roig, «Sobre la participación política de los inmigrantes». El autor se aproxima desde un juicio y reflexión crítica de las Teorías del derecho a los derechos de los extranjeros. Parte, por ello, de la generalización de los derechos advirtiendo que este proceso se desarrolla desde el paradigma de la nacionalidad, moralmente cuestionable, pues cuando se trata de aplicarlo a la participación política de los migrantes sólo genera una ciudadanía de segunda e ilegitimidad. De Asís propone superar esta incoherencia de la teoría del derecho, planteando otro paradigma, el de la residencia, en el que las diferencias estarían justificadas ya no por las fronteras nacionales sino por el interés

Notas bibliográficas

en la organización jurídico política. Desde el pensamiento utópico, Ramiro Avilés coincide también en sustituir ese paradigma por el de la nacionalidad. En efecto, en «El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI», el autor es categórico al aseverar que la universalidad se convertiría en un dogma vacío si se usa a la nacionalidad como un criterio que permita renunciar a ella, dando pie a tratos diferenciados injustificados como viene sucediendo en la materia de derechos de participación de los inmigrantes. Avilés reivindica estos derechos consciente de que se trata de una utopía realista a la vez que reconoce encontrarse en una quinta fase de los derechos humanos, la de la idealización. Dejando atrás la mirada pesimista del fenómeno: la inmigración y del sujeto activo: el inmigrante como enemigo del sistema, propone un enfoque utópico al sustituir el criterio de la nacionalidad por el de ciudadanía. Este cambio permitiría el reconocimiento del derecho al sufragio de los inmigrantes en todas sus dimensiones y se presentaría como la base para la tan buscada integración si va acompañada de medidas que permitan lograr la igualdad formal y material. Unos parámetros de igualdad que se perfilan desde el ideal del cosmopolita y el transnacionalismo por Juan Velasco Arroyo en su texto titulado «Migraciones, Ciudadanía y Transnacionalismo». El autor sostiene que las transformaciones que está experimentando la institución de la ciudadanía van a conducir a que la nacionalidad deje de ser el paradigma. La ciudadanía a pesar de tener un carácter multidimensional instaura la exclusión además de bloquear la integración de los inmigrantes. La migración se ha convertido en un fenómeno transnacional que ha dado lugar a cambios en la concepción y estratificación de la ciudadanía que cuestionan y superan los particularismos territoriales y nacionales tradicionalmente asociados a ella. Esta problemática exige una respuesta, que Velasco encuentra en el pensamiento cosmopolita kantiano. Así, aboga por que el disfrute de los derechos humanos se haga efectivo con independencia de la condición de ciudadano o nacional, priorizando al individuo sobre el ciudadano.

Tales planteamientos teóricos sobre las *mutuaciones* de la ciudadanía se reflejan en la evaluación de la retórica política de los programas de integración de ámbito estatal y en la atribución y ejercicio del derecho a la participación política o la libertad de circulación y residencia. Incidiendo sobre la retórica política de los programas de integración, Pablo Miravet, desde el método del análisis del discurso en «Derechos políticos y participación en los programas de integración de ámbito estatal», afirma que la participación social y política de los migrantes no ha constituido el eje central de anteriores planes, el PISI y el GRECO. No obstante, sobre el reciente Plan de Ciudadanía e Integración (2007-2010)-PECI remarca el viraje en el discurso político sobre la materia en el actual de integración. Al respecto, en el texto se expresa con claridad que el reconocimiento de los derechos de participación es una condición necesaria para la integración aunque no la garantiza. No obstante, los derechos políticos de los inmigrantes quedan relegados, una incoherencia con las medidas gubernativas que Miravet critica por el uso frecuente de expresiones como ciudadanía que en la realidad no se pueden predicar de los inmigrantes. Concluye el autor con una interesante reflexión sobre la nacionalidad y los derechos políticos. Esta asociación, afirma, no es un caso aislado del derecho español sino que es parte del ordenamiento jurídico moderno desde 1789. Advierte, a mi juicio con razón, que el lenguaje es artificial y modificable.

Sobre una cuidada revisión de aspectos claves como el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio español y los mecanismos de las legislaciones estatales para hacer efectiva la participación política de los inmigrantes cabe destacar las contribuciones de Goizueta, La Spina y Ceriani. Con respecto a los contornos de una necesaria revisión sistemática del derecho a la libre circulación y residencia es precisamente sugerente el trabajo «La extranjería y el artículo 19 de la Constitución: algunas reflexiones sobre el régimen del ejercicio del derecho» de Juana Goizueta Vértiz. Se trata de un detallado análisis de la doble dimensión de ambos derechos y de los di-

Notas bibliográficas

ferentes regímenes jurídicos de disfrute del mismo. La autora se detiene a explicar el ámbito de ejercicio de la libertad de entrada y salida del territorio español así como de la de circulación y residencia aplicando un método comparativo, pues le interesa profundizar en los límites al ejercicio de ellos por parte de los ciudadanos comunitarios y los extranjeros. Goizueta constata que ninguna de las cuatro libertades se reconoce con carácter absoluto. No obstante, se observan mayores disparidades en las limitaciones a la entrada y salida respecto de los extranjeros justificadas en la nacionalidad del titular. Sobre la efectiva participación política de los inmigrantes, por una parte Encarnación La Spina en «El ejemplo belga de participación política de los inmigrantes: un referente plausible», reflexiona sobre el marco jurídico del derecho de sufragio activo y pasivo en Bélgica y demuestra que es factible cambiar el criterio de la nacionalidad por la residencia para ejercer estos derechos. La Spina parte de un riguroso análisis histórico de las instituciones, propuestas de ley y el debate sobre la participación política de los extranjeros en Bélgica, para finalmente, arribar a una detallada explicación sobre la singularidad del derecho de sufragio de los extranjeros no comunitarios. No obstante, deja una interrogante abierta, cómo garantizar ese derecho una vez que se ha reconocido, una cuestión objeto de constante reflexión en la lucha por los derechos fundamentales. Y, por otra parte, en «Los derechos políticos de los extranjeros en España desde un enfoque de derechos humanos: la legitimidad del principio de reciprocidad», de Pablo Ceriani, se invita a reflexionar sobre este principio a la luz del marco jurídico español y de los principios centrales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La constitución española fija un patrón diferenciador basado en la nacionalidad de la persona que, Ceriani aplicando el método de interpretación histórica, considera no fue pensado para restringir los derechos políticos de la población inmigrada, pues en el año 1978 España no era un país de inmigrantes. Actualmente, es una sociedad multicultural en la que se hace necesario la extensión de los derechos políticos a los extranjeros,

más aún si se desea su integración. El autor propone la derogación del criterio de la reciprocidad por ser incompatible con el derecho internacional, generar desigualdades, marginación y exclusión que no se condicen con el ideal de democracia.

Por último, cierra esta obra el reto de la cohesión social de las minorías étnicas, con la contribución del profesor emérito John Rex titulada «Identidad étnica en una sociedad multicultural», que analiza los problemas de integración de las minorías étnicas en Gran Bretaña basándose en la obra de Marshall y de Jenkins. El autor reproponer una breve explicación crítica sobre las relaciones interraciales en el Reino Unido, prestando especial atención en la evaluación de las políticas de integración tras el 11 de setiembre y desde ese análisis retrospectivo se cuestiona abiertamente sobre la viabilidad del multiculturalismo.

Podemos concluir, pues, que nos encontramos ante un libro excelente, bien construido y riguroso en el tratamiento global, integral y complejo del fenómeno migratorio y por ello ante una valiosa contribución colectiva a la Doctrina y al estudio de las migraciones. Por ello, debe ser considerado una sugerente invitación al aprendizaje y reflexión desde diversos enfoques dirigida a un lector con perfil tanto de especialista como de estudiante universitario interesado ante el actual escenario mundial de globalización. *La igualdad en los derechos: claves de integración*, es un libro no sólo recomendable sino casi de obligada lectura, una recomendación que se acentúa por la dirección de los profesores De Lucas y Solanes que aúnan equilibradamente una consistente crítica jurídico-política del marco jurídico y las políticas migratorias con aportaciones desde la sociología, la antropología y la intervención social para comprender y reconsiderar el punto o puntos de partida de los actuales retos de la integración en España y en la Unión Europea.

Notas bibliográficas

Tomo XVIII. Esquemas de extranjería

VV.AA.

Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, 257 pp.

POR:

MARIONA ILLAMOLA DAUSÀ

Profesora Lectora de Derecho Internacional
Público de la Universitat de Girona

La obra colectiva que se presenta tiene como objetivo básico, según manifiestan sus autores en la introducción del libro, ofrecer una sistematización del Derecho de extranjería español aunque no del derecho de asilo. Objetivo que a lo largo de los dieciséis capítulos que la componen se consigue de forma claramente manifiesta.

Cada capítulo responde a una situación concreta: entrada, salida y tránsito; autorización de residencia temporal; autorización de residencia permanente; autorización de residencia por circunstancias excepcionales; modificación de la situación de residencia a trabajo; reagrupación familiar de los extracomunitarios; autorizaciones de residencia y trabajo; el contingente de trabajadores extranjeros y autorizaciones especiales de trabajo; régimen especial de los estudiantes extranjeros; régimen de los menores extranjeros; la documentación de los extranjeros; infracciones y régimen sancionador: la expulsión, la multa y el centro de internamiento; régimen comunitario; familiares extranjeros de nacionales españoles; y las relaciones laborales especiales: el régimen de residencia de los deportis-

tas profesionales en particular. Todos ellos se complementan con un primer capítulo más transversal dedicado a cuestiones básicas del procedimiento administrativo aplicable a diversos aspectos de la extranjería que asienta las bases y expone elementos comunes a todos los demás capítulos.

Se trata de una compilación exhaustiva y elaborada de forma esquemática de la legislación aplicable a los no españoles. El hecho de que el texto recoja no únicamente las referencias a la LOEX y a su Reglamento de desarrollo, sino que también incluya Órdenes Ministeriales, Instrucciones y Circulares internas de las oficinas de extranjería, así como las normas que emanan directamente de las instituciones comunitarias refleja de una parte la complejidad del tema que se aborda y, de otra, la exhaustividad con la que los autores han trabajado.

La obra presenta de forma muy clara la normativa aplicable a cada persona y en cada circunstancia. Se desglosa cada una de las situaciones ante la que puede encontrarse un no español y, respecto de ella, se especifican las disposiciones legislativas aplicables junto a una sucinta explicación. Este formato comporta que sea un texto fácil de consultar y que las respuestas se visualicen de manera sencilla ya que se presenta a través de cuadros y esquemas.

La obra ofrece otra visión de la legislación en materia de extranjería, no se trata de ir a la norma legislativa y buscar en ella las respuestas al problema, sino que la propia obra plantea las distintas situaciones referenciando en todo momento las disposiciones aplicables.

Este formato agiliza las consultas y puede ser muy útil tanto para personas conocedoras de la materia como para los no iniciados, a quienes proporciona una sólida y completa visión del Derecho de extranjería. Su contenido y exposición también puede ser interesante tanto para las personas que se dedican al Derecho de extranjería de forma práctica, como para los estudiosos de la materia.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

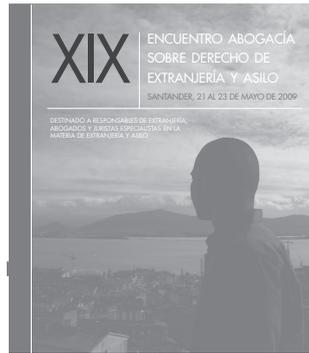
CELEBRADAS

- ✓ El nuevo Derecho de Extranjería y Asilo: ¿avance o retroceso?
31 de agosto al 2 de septiembre de 2009. Jaca (Cursos de Verano de la Universidad de Zaragoza).

A CELEBRAR

- ✓ Seminario internacional: Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea
21, 22 y 23 de octubre de 2009. Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- ✓ Jornadas sobre la Inmigración. La directiva de retorno y la reforma de la legislación de extranjería
21 y 22 de octubre de 2009. Escuela de Práctica Jurídica de la UNED. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Madrid.

XIX Encuentro abogacía sobre derecho de extranjería y asilo. Conclusiones



CONCLUSIONES

Ponencia 1. La Reforma de la Ley de Extranjería y el Asilo. A) Conclusiones mesa de trabajo 1.^a «Efectos de la reforma en el régimen sancionador y en el acceso a la tutela judicial efectiva. Garantías constitucionales». B) Conclusiones mesa de trabajo 2.^a «Análisis de la aplicación de la disposición adicional séptima de la Ley de Memoria Histórica. Revisión práctica de quiénes son sus destinatarios». C) Conclusiones mesa de trabajo 3.^a «Retos candentes del Derecho de extranjería».

Ponencia 2. Derecho Migratorio Internacional: Los Derechos Humanos de los Migrantes. Garantías y protecciones jurídicas ante su vulneración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. A) Conclusiones mesa de trabajo 4.^a «Nuevo Derecho migratorio europeo: retroceso de la Europa social, democrática y de derecho. Exigencia de un nuevo enfoque profesional desde la abogacía». B) Conclusiones mesa de trabajo 5.^a «Efectos laborales de la libre circulación de personas en la Unión Europea». C) Conclusiones mesa de trabajo 6.^a «Derecho Internacional Privado y Derecho Migratorio (1)». D) Conclusiones mesa de trabajo 7.^a «Derecho Internacional Privado y Derecho Migratorio (2)». E) Conclusiones mesa de trabajo 8.^a «Mecanismos internacionales para la defensa de los Derechos Fundamentales de los Extranjeros Migrantes». F) Conclusiones mesa de trabajo 9.^a «Encuentro intercolegial de responsables del turno de oficio de la especialidad de extranjería». G) Conclusiones mesa de trabajo 10.^a «Cuando me miras, ¿qué ves?»

PONENCIA 1. LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

PONENTE: D. José Alarcón, *Asesor de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.*

INTERVINIENTES MESA REDONDA: LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA Y EL ASILO

D.ª Maricela Daniel, *Representante del ACNUR en España.*

D. Javier de Lucas Martín, *Presidente de Comisión Española de Ayuda al Refugiado.*

D. Pascual Aguero Navarro, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

PRESIDENTE DE MESA: Excmo. Sr. D. Jesús Pellón Fernández-Fontecha, *Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.*

SECRETARIO DE MESA: D. José Luis Rodríguez Candela, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

A) Conclusiones mesa de trabajo 1.ª «Efectos de la reforma en el régimen sancionador y en el acceso a la tutela judicial efectiva. Garantías constitucionales».

INTERVINIENTES:

Exmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño, *Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.*

Ilmo. Sr. D. José Ignacio López Cárcamo, *Juez-Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo nº Dos de Santander.*

PRESIDENTA DE MESA: Excmo. Sra. D.ª Victoria Ortega Benito, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria y Consejera del Consejo General de la Abogacía Española.*

SECRETARIA DE MESA: D.ª Josefa Gutiérrez Mangas, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

Las conclusiones que se derivan de la intervención de los ponentes son las siguientes:

1. En cuanto al acceso del justiciable extranjero a la tutela judicial efectiva, se concluyó:
 - a) Que el artículo 22 de la última redacción del anteproyecto de la reforma de la LOEx establece los requisitos para la solicitud del derecho al beneficio de justicia gratuita, pero a diferencia de la anterior redacción del artículo 22 bis ya no es un requisito de la postulación procesal y ya no se establece de forma general para todos los procesos contencioso-administrativos sino que se refiere únicamente a determinados procesos (denegación, entrada, devolución y expulsión).
 - b) Que el requisito formal para la solicitud del derecho al beneficio de justicia gratuita se desarrolla en *dos actuaciones* (Requisitos añadidos a los establecidos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita con carácter general):
 - Nueva solicitud
 - Manifestación de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción ante el funcionario que reglamentariamente se determine.
 - c) Que es cuestionable si el referido precepto superará el filtro constitucional en lo que se entiende una diferencia normativa injustificada y desproporcionada que grava el Derecho a

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

la Asistencia Jurídica Gratuita y, por tanto, vulnera el Derecho a la tutela judicial efectiva así como el derecho a la igualdad ante la ley.

- d) Que es cuestionable si el referido precepto respeta el artículo 9.2 de la CE en cuanto dice que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».
- e) Que es constitucionalmente rechazable la obstaculización que establece el anteproyecto de la reforma de la LOEx al ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

2. En cuanto al derecho a la tutela cautelar, se concluyó:

- a) Que en virtud de la interpretación sistemática del artículo 21.2 y 63.4 de la LOEx con el artículo 57.9 y 65, el régimen de ejecutividad de las sanciones en materia de extranjería, aunque se imponga en el procedimiento preferente es el principal establecido para los actos sancionadores en el artículo 138.2 de la Ley 30/1992, es decir, la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.
- b) Que sería oportuno tomar medidas, como la prevista en el artículo 111.4 de la Ley 30/1992, que sin perjudicar en exceso la necesaria rapidez de la ejecución de la sanción de expulsión, impidan que el pronunciamiento del juez sobre la ejecutividad de la sanción se realice una vez ejecutada ésta:
- c) Que la restrictiva jurisprudencia en cuanto a la suspensión cautelar de la ejecutividad de la sanción de expulsión nos lleva a plantear la conveniencia de la existencia de un procedimiento preferente y rápido sobre el fondo con remisión inmediata del expediente administrativo y vista; y, sobre todo, suspensión inmediata de la ejecutividad de la orden hasta que se resuelva el proceso en primera instancia.

3. En cuanto a los efectos de la reforma en el procedimiento sancionador, se concluyó:

- a) Respecto al internamiento, que no podemos olvidar el carácter de excepcionalidad de esta medida señalada en la STC 117/1987. En la última versión del Anteproyecto de Reforma de la LOEx, si bien se acortan los plazos de suspensión del internamiento respecto a la redacción inicial en cuanto a la fijación de un plazo máximo de suspensión, sin embargo, desaprobamos que las causas de suspensión estén vinculadas al ejercicio de un derecho: *habeas corpus* y asilo.
- b) Respecto del endurecimiento del régimen sancionador, que:
- Se amplían las conductas infractoras elevándose asimismo las cuantías. Estimamos que la infracción del artículo 53.1.c) prevista en la última versión del Anteproyecto de Reforma de la LOEx, relativa a la falsedad en cuanto a los datos del padrón supone una discriminación de los extranjeros respecto de los nacionales no respetando la Ley de Bases de Régimen Local, a la vez que produce una invasión competencial.
 - Se condena la permanencia, en el artículo 53.2.c) de la última versión del Anteproyecto de Reforma de la LOEx, de la actividad solidaria como conducta infractora.

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

- Es absolutamente afortunada la modificación operada en el artículo 57.2 de la última versión del Anteproyecto de Reforma de la LOEx en cuanto a la desaparición de la expulsión de los menores de edad.
- Está mejorada la redacción del artículo 57.1 en la última versión del Anteproyecto de Reforma de la LOEx, en la que se incluye expresamente la exigencia de la motivación de la resolución sancionadora; la motivación ya no es sólo una exigencia de los jueces sino que también es ahora una exigencia legal.
- Es criticable el mantenimiento en la última versión del Anteproyecto de Reforma de la LOEx del procedimiento preferente (artículo 63): a los reproches tradicionales a la existencia de este tipo de procedimientos urgentes y sumarios en cuanto pueden ser contrarios a la tutela judicial efectiva, la nueva redacción despierta nuevos recelos como la referencia permanente a conceptos jurídicos indeterminados (riesgo de incomparecencia, que el extranjero dificulte la expulsión...).

B) Conclusiones mesa de trabajo 2.ª «Análisis de la aplicación de la disposición adicional séptima de la Ley de Memoria Histórica. Revisión práctica de quiénes son sus destinatarios».

INTERVINIENTES:

D.ª Gloria Bodelón Alonso, *Subdirectora General de Nacionalidad y Estado Civil*.

D.ª Aurelia Álvarez Rodríguez, *Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de León*.

PRESIDENTE DE MESA: Excmo. Sr. D. José Vicente Mediavilla Cabo, *Consejero de Presidencia y Justicia de Cantabria*.

SECRETARIO DE MESA: D. Marcelo Belgrano Ledesma, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE*.

1. Las diferentes reformas legislativas han provocado la privación de la nacionalidad a los descendientes de los españoles que se vieron obligados a emigrar, lo que ha determinado que lo que hoy se conoce como reparación a la persecución o al exilio, (por su incorporación en la Ley de Memoria Histórica), haya incluido una disposición en la que se prevé su reparación.
2. La interpretación de la disposición adicional 7.ª hecha por la Instrucción de la DGRN, de 4 de noviembre de 2008, debe ser considerada como reiterativa, confusa y debe ser clarificada. Si bien se valora positivamente la previsión hecha en la directriz séptima y la eliminación del requisito de la renuncia a la nacionalidad.
3. La directriz séptima que permite la opción por la nacionalidad española de origen, no abarca la totalidad de los supuestos posibles, ya que al referirse sólo a los que optaron por la vía del artículo 20.1.b) del CC, deja fuera muchísimos supuestos, en situaciones de personas que están en la misma situación.
4. Diferentes interpretaciones de las instrucciones generan muchas disfunciones en lo que respecta a la competencia territorial, cuando los Registros Civiles Municipales del domicilio

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

del optante, algunos califican y resuelven y otros los remiten al Registro Civil Central para su inscripción.

5. No existen datos completos acerca de las presentaciones en España, pero en los Consulados actualmente se han presentado cerca de 45.000 expedientes de los que el 90% son por el anexo 1 y el 10% restantes son por el anexo 2 (por exilio) y el anexo 3.

6. La falta de reglas claras determina la necesidad de revisar las instrucciones dadas, dar criterios homogéneos, tanto en competencias como en calificaciones, al objeto de evitar dar respuestas contrarias, depende del lugar donde se produce la opción, como se observa en los primeros seis meses de su vigencia.

C) Conclusiones mesa de trabajo 3.ª «Retos candentes del Derecho de extranjería».

INTERVINIENTES:

D. Gil José González, *Subdirector General de Asuntos de Extranjería del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.*

D.ª Cristina Olmedo Bernal, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y coordinadora jurídica de Red Acoge.*

D.ª Sara Iglesias Sánchez, *Investigadora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.*

PRESIDENTA DE MESA: D.ª Gloria Gurría Flores, *Directora del Área de Trabajo e Inmigración de la Delegación del Gobierno en Cantabria.*

SECRETARIA DE MESA: D.ª Lourdes Etxebarria Zudaire, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

1. Respeto de la situación de los «inexpulsables».

Es necesario buscar canales que eviten que este colectivo tenga como destino final la exclusión social.

Para conseguir este fin, las propuestas realizadas fueron las siguientes:

- a) Revocación de las órdenes de expulsión y de devolución dictadas.
- b) Concesión de cédulas de inscripción, en el caso de no tener pasaporte.
- c) Concesión de una autorización de residencia temporal y trabajo, de acuerdo con las instrucciones que dicte el Consejo de Ministros, por tratarse de un supuesto humanitario de especial relevancia. Ello puede realizarse de acuerdo con la disposición adicional 1.ª, punto 4, del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- d) Transcurridos tres años sin que hayan variado las razones que motivaron su concesión, el extranjero podrá acceder a la situación de residencia o residencia y trabajo del régimen general sin necesidad de visado. ARRAIGO.

2. Respecto de las mujeres víctimas de violencia doméstica y/o de género, se constató:

a) Que es muy difícil aplicar a las víctimas de violencia de género en situación administrativa irregular las garantías de protección y de integración de la LO 1/2004. Para mejorar esta situación, se propuso:

- Que se garantice a la mujer víctima de violencia de género en situación administrativa irregular que al ir a denunciar no se les incoará expediente sancionador.
- Que se les permita trabajar mientras se tramita su autorización para cobrar la Renta Activa de Inserción (RAI), puedan trabajar una vez presentada la solicitud de Autorización de Residencia mientras tanto recaiga sentencia condenatoria.
- Que se les conceda una autorización de residencia y trabajo sin necesidad de presentación de contrato laboral ni acreditación de medios económicos.
- Que se les permita el acceso a los Servicios Publico de Empleo (necesidad de modificación de la ORDEN TAS/3698/2006, de 22 de noviembre), y en particular les permitiría recibir las ayudas sociales reconocidas por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a todas las mujeres víctimas de violencia de género con independencia de cualquier condición o circunstancias personal o social (artículo 17.1 LO 1/2004).
- Que la administración conceda una autorización de residencia temporal a las víctimas de violencia doméstica o de género, que llevará aparejada, en todo caso, autorización de trabajo por cuenta propia o ajena, sin que sea tenida en cuenta la situación nacional de empleo y sin limitación geográfica ni sectorial, en 2 supuestos:
 - Una vez haya recaído sentencia, no exigiendo que ésta sea condenatoria necesariamente.
 - O una vez se proceda al sobreseimiento provisional de las Diligencias Penales, en el caso de que el agresor haya sido expulsado o se encuentre en paradero desconocido.

b) Que sería recomendable que la Administración concediera una autorización de residencia temporal a las víctimas de violencia doméstica, reagrupadas, sin necesidad de disponer de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades y con autorización de trabajo incorporada sin límite geográfico y sin límite de sector económico, sin que se les exija acreditar que cuentan con oferta de empleo.

3. Respecto de las víctimas de delitos violentos, se constató que no existe un protocolo de actuación para estos supuestos. Por tanto, se propone: que se extienda a estas víctimas el trato propuesto para las víctimas de violencia de género o violencia doméstica.

4. Respecto de las autorizaciones de residencia de los menores tutelados, se constató que la Administración las suele extinguir automáticamente al alcanzar la mayoría de edad. Se propone que cuando los menores tutelados alcancen la mayoría de edad puedan renovar su autorización de residencia o bien puedan acceder a una autorización de residencia y trabajo. Reglamentariamente se deberán desarrollar las condiciones en las que se produzcan ambas situaciones.

5. Respecto de la modificación de la tarjeta de residencia comunitaria de los hijos e hijas de residentes comunitarios/as reagrupados/as que alcanzan la mayoría de edad y aún continúan

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

a cargo del/de la extranjero/a comunitario/a, se ha constado que en algunas provincias, la Administración les obliga a solicitar el cambio al régimen general (artículo 96.5 RELOEx).

Se denuncia:

- La transposición defectuosa de la Directiva 2004/38: La exclusión del derecho a trabajar de dichos miembros de la familia es, pues, contraria a la Directiva. El artículo 23 de la Directiva 38/2004 no establece limitación alguna para realizar actividades laborales a los hijos/as de comunitarios/as reagrupados/as.
- El fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada del titular comunitario del derecho de residencia *dan lugar al mantenimiento a título personal del derecho de residencia* de los miembros de la familia puesto que los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva 2004/38 no han sido recogidos en el RD 240/2007, que hablan del «Mantenimiento del derecho de residencia»:
 - «Derechos adquiridos», respetando y cumpliendo determinadas condiciones para evitar abusos.
 - El reenvío al artículo 96.5 del RD 2393/2004 supone una arbitraria expulsión de estas personas del régimen comunitario.

6. Respecto de la incidencia de la coyuntura económica actual en la situación administrativa de los trabajadores extranjeros, se ha constatado:

- Que el fundamento de toda política de integración ha de estar basada en la igualdad de derechos y deberes y en la consideración de las personas de origen extranjero como parte del proyecto común de la sociedad.
- Que la irregularidad sobrevenida también tiene efectos sobre sus familiares reagrupados (menores de edad incluidos), que dependen para el mantenimiento de su situación administrativa de la renovación del titular que les confiere tal derecho.

Se propone:

- a) Que se interpreten con flexibilidad los requisitos de renovación.
- b) Que exista una interpretación homogénea del concepto prestaciones económicas asistenciales del artículo 38.3.c) RELOEx, tanto del sistema de la Seguridad Social, como de las CCAA.
- c) Que se aclare la aplicación del artículo 54.10 RELOEx y se garantice que independientemente de la emisión del certificado que acredita el silencio positivo, con la simple solicitud de la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena no resuelta en plazo, se pueda iniciar la tramitación y posterior concesión de la tarjeta de identidad de extranjero.
- d) Que se dicte instrucción conjunta de la Tesorería de la Seguridad Social y DGI, que aclare a las oficinas competentes que, mientras una resolución de denegación de renovación de autorización de residencia y trabajo, no sea firme por encontrarse recurrida en alzada, cabe la contratación del/ de la trabajador/a.
- e) Que se interprete con flexibilidad el artículo 51.14 RELOEx, tomando en consideración la situación de los trabajadores contratados en origen, que una vez en España no son contrata-

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

dos por la empresa solicitante con la consiguiente imposibilidad de ser afiliados y dados de alta en la S.S. y solicitar la tarjeta de identidad, de tal forma que:

- la causa sobrevenida no sea imputable al a la trabajador/a
 - y se facilite la búsqueda de nuevo empleo fomentado la vinculación con los Servicios Públicos de Empleo y con el resto de procedimientos de contratación en origen.
- f) Que se modifiquen los artículos 4.2 y 4.3 de la Orden TAS/3698/2006 que regulan la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los servicios públicos de empleo y en las agencias de colocación, de tal forma que se puedan aplicar con carácter general las siguientes vías que ya se aplican en algunas CCAA:
- Los extranjeros titulares de autorizaciones caducadas durante los 3 meses posteriores a la fecha de caducidad, se puedan inscribir en el Servicio Público de Empleo sin necesidad de acreditar haber solicitado la renovación. Así tendrá más posibilidades de encontrar una oferta de trabajo y de renovar.
 - Se mantenga la condición de demandante de empleo del extranjero que ha solicitado la renovación de su autorización de residencia y trabajo, aportando la copia sellada de la renovación, más la copia sellada de la solicitud del Certificado de Silencio Positivo.

7. Respecto del registro del matrimonio de español/a y extranjero/a, consideramos que deben tomarse medidas urgentes en tanto que la situación actual atenta contra el principio de igualdad ante la ley de todos/as los/as españoles/as y al derecho a la vida en familia al aplicar limitaciones que los hacen impracticables o los dificultan más allá de lo razonable.

Se propone:

- a) Que se dote de los recursos necesarios al Registro Civil Central, para que se solucione la situación de su colapso.
- b) Que se modifique la normativa vigente para que la inscripción de matrimonio anterior a la adquisición de la nacionalidad española de extranjeros/as nacionalizados/as españoles/as por residencia, se realice, tal y como se hace con las de nacimiento, en los registros Civiles del domicilio del contrayente.
- c) Que se proceda a la concesión de visados de entrada como familiares de comunitarios, al cónyuge e hijos/as del/de la español/a (nacionalizado/a o de origen), que tiene pendiente la inscripción de su matrimonio.
- d) Que se proceda a la concesión de tarjeta temporal condicionada de residente comunitario en el caso del cónyuge, a la inscripción del matrimonio en el Registro correspondiente, momento en el que se concederá la tarjeta definitiva.

8. Respecto de la regularización de la situación administrativa de los padres de menores extranjeros nacidos en España y de los padres de menores españoles, se constata que es uno de los retos candentes de nuestro actual derecho de extranjería, ya que se trata de uno de los varios asuntos con respecto a los cuales es especialmente complicado establecer un equilibrio entre la necesidad de poner en práctica una política migratoria solvente, y el imperativo de salvaguardar los derechos fundamentales, principalmente, el derecho a la vida familiar, y el derecho a la

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

libre circulación y residencia, que comporta el derecho de los españoles de no ser obligados a abandonar el territorio Español.

Se propone:

- a) Que el Instrumento jurídico adecuado sea la aplicación de la Jurisprudencia del TJCE en materia de los derechos de los ascendientes no comunitarios de ciudadanos comunitarios (asunto *Chen*). Aunque la situación de los padres de niños españoles no está cubierta por el propio derecho comunitario, al tratarse de una «situación puramente interna», el hecho de que los padres no comunitarios de los niños comunitarios residentes en España tengan el derecho a la residencia legal por un período indefinido –derecho otorgado para salvaguardar el efecto útil de la libre circulación de los menores– hace que los menores españoles se encuentren en una situación de «discriminación inversa» que ha de ser considerada contraria al principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE.
- b) Proclamar el interés de los menores –derechos fundamentales de menores españoles– a la documentación de sus ascendientes sin que se limite a las siguientes consecuencias:
 - suspensión de la expulsión,
 - revocación o sustitución por multa (aplicando el principio de proporcionalidad).
- c) Que, en todo caso, se aplique de forma directa el artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, siguiendo la doctrina del TS, cuando al hecho de la paternidad se le unan otros requisitos como una relación afectiva, dependencia económica, etc.

9. Respecto de la reagrupación de ascendientes de españoles, se ha de denunciar que se discrimina a los españoles respecto del resto de ciudadanos comunitarios, lo que implica que se ha establecido una diferenciación entre las personas de nacionalidad española, estableciendo diferentes estatutos o categorías de españoles entre los nacionales de origen y los nacionalizados.

10. Respecto de los visados, se pone de manifiesto la existencia de numerosas resoluciones sobre visados, carentes de motivación o de insuficiencia de motivación, lo que conlleva la necesidad de interponer recursos judiciales, promoviéndose así un aumento considerable de judicialización en materia de visados.

Se propone:

- a) Que se instaure un canal unificador, para hacer llegar a la Administración Consular, aquellos expedientes con clara vulneración de la norma.
 - b) Que se inste una mayor coordinación dentro de la Administración Central, para lograr una mayor rapidez, simplificación y eficacia así como homogeneización de criterios en los diversos ámbitos ministeriales (Ministerio del Interior, Trabajo y Asuntos Exteriores).
11. Hay que señalar OTROS RETOS:
- a) No se deben limitar derechos y situaciones jurídicas de los/as particulares a través de instrucciones y circulares internas, sino que deben garantizarse éstos mediante el desarrollo normativo de reglamentos, que sí son fuentes de derecho administrativo.

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

- b) Establecimientos de criterios comunes, con indicadores precisos para determinar los criterios sociales y económicos, condiciones de habitabilidad, y demás requisitos exigibles en la Reagrupación Familiar.
- c) Revocación de oficio de las órdenes de expulsión de extranjeros/as que hayan contraído matrimonio con español/a o nacional de alguno de los Estados miembros, por quedar incluidos en el régimen de comunitarios, cuando no se deba a razones de orden público, seguridad pública o salud pública, y se solicite por el extranjero/a la tarjeta de familiar de residencia comunitaria.
- d) Revisión de oficio de los expedientes sancionadores, con revocación de las órdenes de expulsión existentes, cuando el extranjero/a acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de la documentación por vía de circunstancias excepcionales, evitándose la inadmisión a trámites de las solicitudes.

PONENCIA 2. DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL: LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. GARANTÍAS Y PROTECCIONES JURÍDICAS ANTE SU VULNERACIÓN. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PONENTE: D. Leonardo Alberto Franco, *Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

PRESIDENTE DE MESA: Exmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño, *Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.*

SECRETARIO DE MESA: D. Javier Monzón García, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

A) Conclusiones mesa de trabajo 4.ª Nuevo Derecho migratorio europeo: retroceso de la Europa social, democrática y de derecho. Exigencia de un nuevo enfoque profesional desde la abogacía».

INTERVINIENTES:

D. Ángel G. Chueca Sancho, *Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de Zaragoza, Acreditado como Catedrático de Universidad.*

D.ª Antonia Moyano Mata, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Presidenta de la Asociación de Abogados Europeos de Inmigración y Extranjería (ABEDIE).*

D. Enrico Varali, *dell'Ordine degli Avvocati di Verona, miembro de Avvocati di Strada, y de la Asociación de Abogados Europeos de Inmigración y Extranjería (ABEDIE).*

Representantes de Colegios de la Abogacía Europea (CCBE).

PRESIDENTE DE MESA: D. Carlos Soto Mirones, *Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.*

SECRETARIO DE MESA: D. Iñaki Almandoz Ríos, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa; y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

Las conclusiones que se derivan de las 3 intervenciones son las siguientes:

1. A través del Derecho Migratorio Europeo y del Derecho Europeo de Extranjería, uno de cuyos más amargos frutos es la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, constatamos y denunciarnos, la restricción de los Derechos Fundamentales que sufren principalmente las personas migrantes en dicha situación, que debe insistirse es meramente administrativa y no penal/criminal.

2. Este tratamiento legislativo europeo de la inmigración (que se contagia irremediamente al nacional) ha pasado de ser un motivo de inquietud a una situación de alarma para los profesionales de la extranjería, además de suponer una patente contradicción con los Tratados y Convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea.

3. Dicho retroceso en los derechos de las personas migrantes implica igualmente un recorte en la capacidad de intervención y defensa de los operadores sociales y jurídicos. Nuestra postura como *abogados* debe suponer, pues:

- a) La necesidad de conocer el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de inmigración y extranjería.
- b) La necesidad de conocer la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea en la misma materia, para poder efectuar un buen ejercicio de defensa.
- c) Denunciar la conculcación de esos Derechos Fundamentales reconocidos en los Tratados internacionales ratificados, así como la defectuosa o inexistente transposición de las Directivas de la Unión Europea.
- d) La asunción del compromiso de actuar de forma conjunta con otros juristas europeos.

4. En consecuencia con lo expuesto y aprovechando la próxima reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, solicitamos:

- a) Que se transponga adecuadamente la Directiva de Retorno, diferenciando claramente los dos momentos del procedimiento de repatriación (salida voluntaria y expulsión propiamente dicha) y evitando así que, al entrar en vigor la citada Directiva, haya necesariamente que volver a reformar la Ley.
- b) Que el plazo de internamiento quede fijado, como en la actualidad, en 40 días, eliminando cualquier posibilidad de suspenderlo o de ampliarlo durante más tiempo. Esta limitación del plazo de internamiento de ningún modo viola normas de la Directiva de retorno, pues tienen el carácter de normas dispositivas.
- c) Que, en relación con el Derecho a la reagrupación familiar, se elimine la exigencia de la edad (mayores de 65 años) para los ascendientes, por suponer una discriminación contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución, carecer de justificación jurídica e implicar una restricción adicional a lo dispuesto en la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- d) Que la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, sobre el Estatuto de Residentes de Larga Duración, se transponga correctamente en el texto legal, evitando hacerlo mediante desarrollo reglamentario, con una redacción más restrictiva que la contenida en las normas dispositivas de la propia Directiva, contemplando la posibilidad de que los estudiantes tam-

bién puedan acceder a este Estatuto y precisando los períodos de ausencia del territorio de la Unión Europea que se tendrán en cuenta para la consideración de la continuidad de la residencia, presupuesto este para la concesión del referido Estatuto. El legislador tiene que demostrar más cuidado en la transposición al derecho interno de la referida Directiva dado que nuestro país ya ha sido condenado, el 15 de noviembre de 2007, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por no trasponerla. Bochornoso sería, pues, que se le volviera a condenar por efectuar una incorrecta transposición.

- e) En este sentido, la Mesa hace suya la consideración contenida en el Informe de la Subcomisión de Extranjería del CGAE sobre el anteproyecto de reforma de la Ley de Extranjería, cuando sostiene que la necesaria adaptación al Derecho europeo, esgrimido como uno de los motivos de la reforma de la Ley, no debiera servir de pretexto para elaborar una regulación contraria con el régimen jurídico desarrollado por el Derecho judicial de extranjería en los últimos años, sino que debiera aprovecharse para profundizar en el camino trazado por esa notable doctrina jurisprudencial emanada de nuestros juzgados y tribunales, construyendo un Derecho de extranjería sólido, jurídicamente razonable, basado en criterios garantistas, firmes y coherentes y siempre respetuoso con los derechos humanos de todos. Dado que un buen número de normas del Derecho Migratorio Europeo tienen naturaleza dispositiva, esta posibilidad de un Derecho español de extranjería garantista de ningún modo viola dichas Directivas.

5. Mostramos nuestra más honda preocupación porque el desarrollo y aplicación tanto de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que obliga a los Estados miembros a sancionar a cualquier persona que intencionadamente ayude a un extranjero a entrar/transitar o estar irregular en el territorio de los Estados miembros, como de la futura Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre sanciones aplicables a los empleadores de residentes ilegales nacionales de terceros países pueda derivar en sanciones a las ONGS y Asociaciones humanitarias, en la liquidación, por vía indirecta, del arraigo social y en un claro incremento de la xenofobia, que la misma Unión Europea dice combatir.

6. Concluimos, tal como hizo Ángel Chueca en su intervención, que el Derecho migratorio europeo no respeta los derechos humanos y padece en materia de política migratoria lo que él denomina el síndrome de las tres R (retorno, readmisión, repatriación). Desgraciadamente estamos ante una «EUROPA FORTALEZA» que dicta unas normas, en palabras del ponente, que destilan xenofobia tales como la Directiva de la VERGÜENZA, las normas italianas y algunas disposiciones francesas.

7. Constatamos, que la Unión Europea está impulsando una «política de inmigración elegida», claramente discriminatoria y tendente (directa o indirectamente) a fomentar una situación de Xenofobia.

8. Mostramos nuestro rechazo a la organización de «vuelos conjuntos» previstos por la UE para la expulsión de los inmigrantes y la DECISION 2004/573/CE DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004, en la que se establecen unas medidas de seguridad indignas y la legitimación de medidas coercitivas que pueden poner en peligro incluso la vida del repatriado, creando una situación de inseguridad jurídica palmaria.

9. Constatamos que la Directiva de Reagrupación Familiar (2003/86/CE) vulnera el derecho humano al respeto de la vida familiar.

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

10. Mostramos nuestra preocupación por la política migratoria italiana expuesta por los ponentes italianos, que criminaliza la situación irregular de los migrantes y que dicta normas que sitúan a los ciudadanos (médicos, centros escolares, etc.) en la categoría de agentes de policía de extranjería, obligados legalmente a denunciar a los extranjeros en situación irregular vulnerando los derechos fundamentales y la dignidad de los migrantes que se encuentran en su territorio.

B) Conclusiones mesa de trabajo 5.ª «Efectos laborales de la libre circulación de personas en la Unión Europea».

INTERVINIENTES:

D.ª Pilar Charro Baena, *Profesora del Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad Juan Carlos I de Madrid.*

D.ª Sara Iglesias Sánchez, *Investigadora del Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid.*

PRESIDENTA DE MESA: D.ª Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Directora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Cantabria.*

SECRETARIA DE MESA: D.ª Sonia Martínez Albiñana, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Lérida y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

Las conclusiones que se derivan de las 2 intervenciones son las siguientes:

1. Respecto a la aplicación, actual, de la Directiva 2003/109/CE de Residentes de Larga Duración:
 - a) Se considera necesario que España transponga correctamente la Directiva relativa a los Residentes de larga duración, ya que la actual Instrucción 4/2009 de la DGI que la desarrolla, se limita a remitir directamente a lo dispuesto en la Directiva, para el acceso de los extranjeros a la Residencia de Larga Duración. Tal remisión puede provocar inseguridad jurídica con respecto a los márgenes de discrecionalidad que permite la Directiva a los Estados miembros y, por otro lado, puede crear problemas de carácter normativo interno, ya que la Directiva en algunos aspectos es más protectora y menos restrictiva, como por ejemplo, en el tratamiento de los antecedentes penales, en donde se permite una valoración de éstos, y también en materia sancionadora, ya que prevé la sanción de expulsión, únicamente, por motivos de orden público.
 - b) Actualmente, los extranjeros residentes en España, pueden optar a la Residencia Permanente o bien a la Residencia de Larga Duración, lo que plantea serios problemas al crear estatus jurídicos diferenciados que van a coexistir, mientras no se apruebe una norma interna que trasponga la Directiva comunitaria.
 - c) Se constata en la Directiva 2003/109/CE un marco de condiciones y derechos más restrictivos para los residentes que pretenden realizar actividades laborales, toda vez que permite a los Estados miembros tener en cuenta la situación nacional de empleo, aparte de exigir determinados requisitos de titulación, así como para el empleador o empresario. Además, la autorización de trabajo podrá estar limitada al sector, aunque no al ámbito geográfico. Mientras no exista una norma interna de desarrollo, consideramos necesario y, por tanto, proponemos que se lleve a cabo una extensa campaña informativa en todos los ámbitos de la Administración pública, para que se informe a los residentes que decidan optar por adquirir el estatuto de larga duración, en vez de la residencia permanente, de las dificultades que

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

pueden tener para hacer valer los derechos asociados a él, dado que la Directiva comunitaria establece un marco de condiciones y derechos más restrictivos.

- d) Se detecta en la Instrucción de la DGI 4/2008 sobre aplicación de la Directiva 2003/109 de Residentes de Larga Duración, una restricción de acceso al trabajo para los estudiantes, debido a que conduce, a los Residentes de Larga Duración que vienen a España para la realización de estudios o formación, únicamente, a la Residencia no lucrativa.
- e) Los derechos de movilidad recogidos por las normas comunitarias relativas a los estudiantes e investigadores, también pueden ser susceptibles de desplegar efectos directos y podrían ser invocados ante la Administración y ante los órganos jurisdiccionales españoles; tanto los estudiantes, como los investigadores, podrían iniciar su procedimiento de admisión en España sin necesidad de estar provistos de visado. Aunque, si bien estas normas no dan un derecho absoluto y automático a residir en España, dan cuanto menos derecho a iniciar el procedimiento administrativo sin necesidad de obtener previamente el visado.
- f) Es necesario una previsión normativa respecto a los efectos que va a tener el ejercicio del derecho a la movilidad, en el cómputo de los períodos de tiempo de residencia legal efectiva, exigidos para obtener la nacionalidad española por residencia.

2. Respecto a la próxima reforma de la ley de extranjería:

- a) El artículo 32 del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Extranjería plantea un grave problema al otorgar el estatuto de residencia de larga duración a aquellos residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros, cuando la Directiva prevé que la obtención de dicho estatuto en un segundo Estado miembro, extinguirá automáticamente la residencia de larga duración concedida en el primer Estado miembro.
- b) Consideramos que el artículo 32 del Anteproyecto de Reforma debe incluir la posibilidad de que los residentes de larga duración de otros Estados miembros puedan trasladar su residencia a España, cuando no tenga por objeto el ejercicio de actividades económicas.
- c) A la hora de establecer el desarrollo reglamentario de estos nuevos derechos de residencia en España, debe evitarse reproducir el método establecido en la Instrucción de la DGI 2008/4, ya que la mera remisión a los requisitos y procedimientos ya existentes para la obtención de la residencia y autorizaciones laborales resulta poco operativo.

3. Respecto a los efectos laborales de la aplicación de la Directiva Comunitaria de Residentes de Larga Duración 2003/109/CE:

- a) Actualmente, se detecta un endurecimiento, por parte de la Administración, a la hora de conceder las renovaciones de las autorizaciones de trabajo y residencia, lo que dificultará la obtención en España de la condición de residente de larga duración y conseguir el efectivo ejercicio del derecho a la libre circulación por parte de los extranjeros residentes.
- b) Exigimos la aplicación directa del artículo 38.3.c) de la LOEx para aquellos supuestos de renovaciones de autorizaciones de residencia y trabajo, cuando el extranjero es perceptor de una renta básica asistencial, vinculada a un programa de inserción laboral, con independencia de si se encuentra, en esos momentos, trabajando o bien, percibiendo la prestación económica correspondiente. Circunstancialmente, la realización de una actividad laboral que no supere los 12 meses no extingue el derecho como perceptor del programa de inserción socio-laboral.

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

- c) Respecto al ejercicio del derecho al trabajo de los Residentes de larga duración, se constata una restricción de los derechos que amparan al extranjero, recogidos en el artículo 36.3 de la LOEx. La Directiva comunitaria establece que es el propio extranjero quien debe solicitar la autorización laboral, a diferencia de lo que establece el Reglamento de Extranjería, el cual exige que sea el empleador o empresario cuando la autorización para trabajar es inicial. Esta circunstancia es la que actualmente entiende, la jurisprudencia, como condición para que el artículo 36.3 despliegue sus efectos.
- d) En cuanto a los efectos que conlleva la transposición de la Directiva comunitaria sobre las prestaciones de la Seguridad Social, se constata que los Residentes de Larga Duración, pueden ver limitados sus derechos a algunas prestaciones de carácter básico y de protección social, a diferencia de los residentes permanentes, que sí tienen reconocidos sus derechos en igualdad de condiciones que los españoles.
- e) Finalmente, consideramos que falta incorporar mecanismos de política de empleo y promoción empresarial en la política migratoria española, así como potenciar medidas de inserción laboral y favorecer una normativa menos limitativa en materia de acceso a las autorizaciones laborales, con la finalidad de evitar el incremento de la exclusión social en este colectivo, favorecer la lucha contra la explotación laboral y, en definitiva, permitir el ejercicio a un verdadero «derecho de movilidad» en Europa.

C) Conclusiones mesa de trabajo 6.^a «Derecho Internacional Privado y Derecho Migratorio (1)».

INTERVINIENTES:

Ilmo. Sr. D. Lorenzo Álvarez de Toledo-Quintana, *Juez-Magistrado del Juzgado de lo Penal Número Uno de León y Profesor asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León.*

D.^ª María Pilar Canedo Arrillaga, *Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Derecho de Deusto.*

D. Andrés Rodríguez Benot, *Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla.*

PRESIDENTA DE MESA: D.^ª Aurelia Álvarez Rodríguez, *Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.*

SECRETARIA DE MESA: D.^ª Isabel Gómez Reyes, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

1. Necesidad de fomentar la formación en materia de Derecho de familia Internacional, habida cuenta de la nueva realidad migratoria en España, mediante la colaboración de los Colegios de Abogados, la Judicatura, la Fiscalía y la Universidad.
2. Necesidad de revisar/ corregir las siguientes prácticas con ocasión de la celebración de matrimonios por extranjeros ante autoridad española:
 - Exigencia de hallarse en España en situación regular en nuestro territorio: No lo exige la Consulta de la DGRN de 15 de febrero de 2004.

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

- Denegación de reagrupación familiar en el supuesto de parejas de hecho por la incorrecta transposición de la Directiva 2004/38 por el RD 240/2007: Creación de un registro estatal de parejas de hecho o coordinación entre los registros autonómicos y/ o locales.
 - Denegación de la autorización para la celebración del matrimonio basándose en fraude de ley: toda vez que ha desaparecido el «ánimo de fraude» tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005 que ya no exige causa de separación/divorcio, sería necesario una interpretación restrictiva de esta figura por ser el *ius nubendi* un Derecho Humano universal (artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948).
 - Autorización de la celebración de matrimonio de extranjeros del mismo sexo: Necesidad de que se legisle en esta materia, en tanto siga existiendo este vacío legal, debería prevalecer la aplicación del artículo 9.1 del Código Civil, sobre la tesis de que este tipo de matrimonio forma parte de los requisitos objetivos de la figura en el ordenamiento español.
3. En los matrimonios internacionales se plantea una incidencia especial de crisis que deriva en rupturas y éstas generan unos problemas jurídicos derivados de la confluencia de sistemas internacionales muy diferentes.
 4. Las crisis internacionales se abordan por el Reglamento 2201/03 en las cuestiones de competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones.
 5. En materia de competencia el Reglamento se aplica a los residentes en la Unión Europea independientemente de la nacionalidad y la base de su funcionamiento es la residencia habitual sin desproteger a los nacionales comunitarios. En defecto de reglamento de aplica la LOPJ.
 6. En materia de Derecho aplicable a falta de normativa supranacional el único instrumento es el farragoso artículo 107.2 del Código Civil.
 7. En materia de ejecución sí se aplica el Reglamento 2201/03 siendo el proceso sencillo y relativamente breve y las causas de rechazo muy limitadas. Pero si se aplica la Ley de Enjuiciamiento Civil los problemas pueden ser irresolubles.
 8. Toda vez que no existe un instrumento internacional de ámbito mundial que dé cobertura a los supuestos de sustracción internacional de menores, la herramienta más eficaz de que disponen los profesionales españoles es el Reglamento 2201/03, que toma como texto básico y complementario el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores.

Su limitado alcance territorial no nos puede impedir tomarlo como referencia para instrumentos internacionales futuros de más amplio alcance espacial.

9. El éxito de la iniciativa de retorno de un menor de edad trasladado ilícitamente o retenido ilegalmente en otro Estado depende fundamentalmente de dos factores:
 - Factor jurídico: Los instrumentos internacionales por los que, en materia de secuestro internacional de menores, se rija el Estado a donde el menor ha sido trasladado o se encuentra ilegalmente retenido.
 - Factor cronológico: a medida que avanza el tiempo desde que se produjo el traslado ilícito o la retención ilícita, disminuyen las posibilidades de que el juez del Estado donde se encuentre el menor acuerde su retorno, como consecuencia del establecimiento por parte del menor de lazos afectivos y sociales que determinen su integración en el nuevo medio.

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

10. La utilización de las vías, cauces e iniciativas de recuperación del menor que contemplan tanto el Reglamento 2201/03 como el Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de Luxemburgo de 1980, no son incompatibles con la iniciativa de persecución penal del delito castigado en el artículo 225 bis del Código Penal.

11. Partiendo del interés superior del menor, el juez comprometido con un Derecho verdaderamente eurocéntrico independientemente del Estado en el que sirva, está obligado a interpretar tanto los instrumentos internacionales aplicables como su propia normativa de producción interna, de tal manera que la respuesta judicial a la solicitud de retorno del menor, satisfaga el interés de éste y no el de los progenitores o el de cualquier otro titular de una responsabilidad parental.

D) Conclusiones mesa de trabajo 7.^a «Derecho Internacional Privado y Derecho Migratorio (2)».

INTERVINIENTES:

Ilmo. Sr. D. Lorenzo Álvarez de Toledo-Quintana, *Juez-Magistrado del Juzgado de lo Penal Número Uno de León y Profesor asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León.*

D. Manuel de Lorenzo Segrelles, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y profesor asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad CEU-Cardenal Herrera.*

D. Gustavo Fajardo Celis, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y de AESCO (Asociación Española-Colombiana).*

PRESIDENTA DE MESA: D.^a Aurora Hernández Rodríguez, *Profesora contratada y Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Cantabria.*

SECRETARIA DE MESA: D.^a Margarita Palos Nadal, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Islas Baleares y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

E) Conclusiones mesa de trabajo 8.^a «Mecanismos internacionales para la defensa de los Derechos Fundamentales de los Extranjeros Migrantes».

INTERVINIENTES:

D.^a Concepción Escobar Hernández, *Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.*

D.^a María del Rosario Ojinaga Ruiz, *Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Titular de la Cátedra "Jean Monnet" de Derecho Comunitario y la Unión Europea de la Universidad de Cantabria.*

PRESIDENTA DE MESA: D.^a Isabel Gandarillas López-Pasarín, *Abogada y Diputada 7.^a de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.*

SECRETARIO DE MESA: D. Antonio Zapata Navarro, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

Las conclusiones que se derivan de la intervención de la Sra. Ponente son las siguientes:

1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se adoptó en 1950 en el seno del Consejo de Europa y su existencia y desarrollo se han visto favorecidos por la relativa homogeneidad política de los Estados europeos.

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

2. El CEDH es el sistema internacional de garantía de derechos humanos más desarrollado y efectivo de los actualmente existentes. Merecen una especial atención los principios generales de universalidad y no discriminación que inspiran todo el sistema, así como los artículos 3 (prohibición de los tratamientos inhumanos o degradantes), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de reunión y de asociación) y 16 (restricciones a la actividad política de los extranjeros).
3. El mayor logro de este sistema internacional de garantía de derechos humanos radica en el hecho que los Estados Parte en el CEDH –los más de cuarenta Estados europeos que actualmente son miembros del Consejo de Europa–, han aceptado la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, para conocer de las demandas que pueden ser dirigidas contra ellos por las personas y grupos de personas, tanto nacionales como no nacionales, que se consideren víctimas de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio.
4. No se trata de un instrumento específico de protección de los derechos de los extranjeros, sino de un instrumento internacional de reconocimiento y garantía de los derechos civiles y políticos. Aunque gracias a la labor pretoriana de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los derechos de los extranjeros gozan ya de una cierta protección indirecta, basada principalmente en una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 3 del Convenio. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió ya en virtud de la Sentencia de 7 de julio de 1989 en el asunto Soering, en casos excepcionales, que la expulsión o la extradición pueden equivaler a trato inhumano cuando existen serias razones para pensar que el extranjero objeto de una medida de expulsión o de extradición será sometido en el país de destino a dicho trato inhumano. De modo análogo, y en función de la interpretación extensiva que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho del artículo 8 del Convenio, los extranjeros pueden beneficiarse de una protección refleja e indirecta contra la expulsión si se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio en el que viven sus familiares, en virtud del derecho al respeto de su vida familiar.
5. En nuestro país, la importancia del sistema europeo de derechos humanos debe apreciarse a la luz del artículo 10.2 de la Constitución, que hace del Convenio y la jurisprudencia del TEDH un parámetro de interpretación de los derechos y libertades consagrados en su título I. Esta función queda incluso reforzada en el ámbito de los derechos de los extranjeros por la llamada que realiza igualmente el artículo 13 de la Constitución a los tratados, incluido el CEDH, en la interpretación de las libertades públicas de que gozan los extranjeros en España.
6. Es necesaria la formación de los abogados especialistas en Derecho de Extranjería en el funcionamiento del sistema europeo de protección internacional de los Derechos Humanos y en la contribución a la garantía efectiva de los derechos y libertades de los extranjeros.

SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

CONCLUSIONES

1. Formación de los abogados de extranjería en el Sistema europeo de protección internacional de derechos humanos.
2. Fomento/recomendación a los abogados del acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de los correspondientes recursos.

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

3. Recomendación a los abogados para que procedan a una pormenorización de las circunstancias personales, familiares y de cualquier índole, detallándolas en el relato fáctico del recurso ante el TEDH.
4. Recomendación de utilización como jurisprudencia de las resoluciones del TEDH en las diferentes vías de actuación letrada.
5. El CGAE debería instar al Gobierno español para que proceda a la ratificación por el Estado español de los protocolos complementarios al Convenio de Roma que a esta fecha aún restan por ratificar.
6. El Encuentro recuerda que la verdadera integración de los extranjeros no es posible sin el pleno disfrute de los derechos políticos

F) Conclusiones mesa de trabajo 9.ª «Encuentro intercolegial de responsables del turno de oficio de la especialidad de extranjería».

INTERVINIENTES:

PONENTE: D. Pascual Aguelo Navarro, *Abogado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

PRESIDENTA DE MESA: D.ª Ana María Uría Pelayo, *Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

SECRETARIOS DE MESA: D. Jesús Medina Serrano, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE,* y

D. José Ignacio Rodríguez Rodríguez, *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

1. Nos encontramos en la actualidad inmersos en un contexto migratorio en profundo cambio; este contexto se concreta en una serie de circunstancias coyunturales derivadas de una intensa crisis estructural que muy posiblemente condicionen el trabajo presente y, sobre todo, futuro de los abogados de extranjería y de todos los agentes implicados en el tratamiento del hecho migratorio.
2. El fenómeno de la inmigración tiene ya hoy y lo tendrá en el futuro un eje destacable: La **integración**, entendida como el proceso bidireccional mediante el cual se encauzan los cambios producidos por la migración tanto en el migrante como en la sociedad de acogida. Desde luego la integración abarca diversas dimensiones, como la social, la jurídica, la económica y la cultural.
3. Teniendo presentes los anteriores datos, parece claro que la presencia cada vez más numerosa de personas provenientes de los más diversos países está provocando el surgimiento de nuevas áreas de trabajo profesional en la Abogacía española; son áreas principalmente conectadas con el derecho laboral y de familia, con el derecho internacional público y privado, pero también ligadas al comercio internacional y a las cuestiones que suscita el trabajo empresarial, que de forma principal toma la característica de empleo autónomo; estas áreas afectan en definitiva a las situaciones jurídicas que conforman el escenario de personas que han transformado su

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

movimiento transnacional en asentamiento temporal o permanente en un territorio distinto del de su Estado de origen.

4. Concretando ese aspecto puede decirse que en el más estricto campo del Derecho migratorio administrativo las reclamaciones administrativas y contencioso-administrativas en materia de reagrupación familiar, las denegaciones de permisos y renovaciones de éstos, la actividad consular, la adquisición de la nacionalidad española y otros asuntos derivados de actuaciones relacionadas con el estado civil de las personas suponen un volumen cada vez más importante del trabajo a desarrollar en este ámbito. Y, con los actuales datos, no parece previsible que este volumen de trabajo decaiga en las mencionadas parcelas.

5. Dentro de este apartado destaca también el tratamiento de las situaciones de irregularidad, originarias y sobrevenidas, como uno de los principales asuntos de reflexión y actuación profesional.

6. Así pues, en el último quinquenio el trabajo profesional en este campo se ha diversificado y ha tomado un claro camino hacia la conformación de una parcela especializada con unos contornos todavía no cerrados y que está dando lugar a un novísimo derecho de las personas en movimiento transnacional, que precisa de una mayor y mejor regulación tanto interna como internacional.

7. En esa perspectiva parece necesario consolidar el trabajo colectivo de la Abogacía española en el ámbito de la Defensa de los derechos humanos de las personas migrantes y también constituir un marco de referencia para el tratamiento de los movimientos transnacionales de personas desde esa perspectiva fundamental de garantes de los Derechos Humanos.

8. El nuevo contexto migratorio, con fuerte incremento de personas extranjeras presentes en territorio español y la complejidad de la materia exigen que el trabajo del CGAE, si pensamos que debe continuar constituyendo una parte importante del trabajo socioprofesional de la Abogacía, deba experimentar un salto cuantitativo y cualitativo de forma que pueda desarrollar la tarea con un mínimo de profesionalidad que evite el voluntarismo generoso, que en estos momentos puede en buena medida convertirse en poco operativo.

9. El importante papel jugado por la Abogacía española en el desarrollo del Derecho Migratorio y de Extranjería nos sitúa en un lugar privilegiado como consecuencia de la larga trayectoria seguida desde el comienzo del trabajo desarrollado en este campo del derecho.

10. Es preciso impulsar al menos los siguientes campos de intervención fundamentales:

- a) Reforzar la capacitación de los abogados y agentes implicados en el trabajo profesional de este ámbito sociojurídico de acuerdo al nuevo contexto migratorio.
- b) El apoyo a las estructuras organizativas colegiales. Con la consolidación de la Subcomisión de Extranjería del CGAE y los órganos y servicios colegiales.

11. Algunas acciones concretas a desarrollar desde la Subcomisión en el próximo período:

Se recuerda que las funciones conferidas a la Subcomisión de Extranjería son:

- a) Institucionalizar los servicios de extranjería en el mayor número de Colegios de Abogados del territorio Español, partiendo de las experiencias actuales.
- b) La coordinación de actuaciones en materia de extranjería.

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

- c) La concentración de esfuerzos en esta materia.
- d) El objetivo de que cada Colegio se especialice en algo para la posterior publicación de los trabajos en la página WEB del Consejo General.
- e) Constituirse en un grupo de influencia en nuestros legisladores.
- f) Homogeneización de actuaciones.
- g) La convocatoria de reuniones con carácter periódico.
- h) La confección de informes de la situación del Servicio de Extranjería en los distintos Colegios.
- i) Necesidad de crear una especialización en la materia que implique un continuo reciclaje con la finalidad de combatir el intrusismo (gestores, administrativos y graduados sociales) que actualmente existe. Es evidente que son los Abogados los que deben asumir la defensa del extranjero y sin embargo hasta el año 91 han sido los graduados sociales los que han llevado a cabo esa función.
- j) Centralización de información de la materia en la página WEB del Consejo General.
- k) Necesidad de que los Colegios creen unos cursos de especialización en materia de extranjería que se añadan a los requisitos de acceso al turno contenidos en la Orden Ministerial de 3 de junio de 1.997.
- l) Publicación en la revista del Consejo y confección de comunicados a los medios a través del servicio de prensa del Consejo General.
- m) Participación Política e intervención en distintas modificaciones legislativas.
 - Homogeneización de las reglamentaciones de los Turnos y Servicios de extranjería colegiales.
 - Difusión de los Protocolos de actuación y desarrollo de los convenios de cooperación intercolegial. **Se adjunta texto de Protocolos actualizados.**
 - Extensión de los acuerdos y convenios de colaboración al ámbito europeo e internacional.
 - Potenciación del Portal sobre Inmigración y Extranjería del CGAE, partiendo de las Web colegiales de Extranjería.
 - Organización de seminarios y encuentros, tanto con expertos nacionales como internacionales, sobre Derecho Migratorio, Extranjería, Asilo-Refugio y Protección Internacional, movimiento transnacional de personas, integración y derechos humanos.
 - Fomento o apoyo al fomento de la publicación de estudios en materia migratoria, potenciando las tres líneas de trabajo indicadas (jurídica, económica y social).
 - Fomento de la capacitación de la abogacía en este ámbito del derecho. Impulso al nivel de postgrado de profesionales juristas y otros agentes implicados en el tratamiento y gestión del fenómeno migratorio. Potenciación del Curso de Postgrado E-Learning sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, ya en su 8ª edición (2009-2010), Título Oficial reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid y homologado por el CGAE.
 - Aprobación del Programa sobre Derecho Migratorio, Extranjería y Asilo y homogeneización de los programas impartidos por la Escuelas de formación colegiales. **Se adjunta propuesta de programa de curso.**

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

- Difusión entre los profesionales de códigos de conducta, selección de las mejores prácticas, etc., sobre la relación entre las personas inmigradas y las personas e instituciones autóctonas, sean de la administración estatal, autonómica o municipal.
- Elaboración y actualización de un código deontológico sobre la difusión –interna e internacional– de informaciones sobre los migrantes. En todo caso, para no crear un ambiente de xenofobia, las informaciones difundidas deben ser no sesgadas, no atrapadas por mitos.

12. En el contexto referencial español que hemos descrito anteriormente nos previene que si las políticas de integración fracasan, podemos asistir a importantes brotes de xenofobia y racismo que deriven en acontecimientos de confrontación social poco deseables para nadie; máxime si tenemos en cuenta que las cifras de irregularidad pueden verse incrementadas en los próximos meses como consecuencia de una crisis económica aguda que en muchos casos impide la estabilidad de los permisos residenciales y de trabajo.

13. Por otro lado, en estas circunstancias de crisis socioeconómica se incrementa el riesgo de crear presuntos agravios comparativos en contra de los nacionales; la creación de tales presuntos agravios puede realizarse hasta mediante las llamadas «leyendas urbanas», que se difunden con facilidad y calan en un sector significativo de la población. Este riesgo puede ser explotado hábilmente por quienes de un modo u otro luchan contra todo tipo de inmigración.

14. Debemos tomar plena conciencia de que la xenofobia y el racismo (ahora más o menos latentes en nuestras sociedades europeas) sólo pueden ser combatidos en tiempo de crisis con fuertes dosis de generosidad y solidaridad, que deben exigirse a todos los sectores sociales, así como también deben transmitirse a todos ellos. En los próximos meses, la situación social pondrá sin duda a prueba el carácter más o menos democrático de nuestras sociedades y la solidez de nuestro Estado social y democrático de derecho.

15. Para quienes pensamos que el derecho debe ser la plasmación de la ley del más débil serán tiempos difíciles en los que deberemos asistir a fuertes tensiones sociales; en estos tiempos no será extraño que algunos medios y entornos hagan aparecer a las personas migrantes como el chivo expiatorio de muchos de los males que atraviesan nuestras sociedades; ello sucedió en el pasado y hoy corremos el nada teórico riesgo de que vuelva a suceder.

16. En todos estos años, la Abogacía Española ha expresado su decidida y clara vocación de defensa de los Derechos Humanos de todas las personas, independientemente de su nacionalidad o su estatuto administrativo, independientemente de su estatus migratorio regular o irregular.

17. Mientras caminamos en la mencionada dirección somos conscientes de que en esta materia estamos defendiendo un verdadero *ius humanitatis*; a su reconocimiento y a la protección efectiva de los Derechos Humanos de todos y todas seguiremos dedicando con intensidad nuestro trabajo profesional e intelectual.

18. El próximo congreso se realizará en Barcelona, al año siguiente en Madrid y posteriormente en Valencia.

19. Se pasó una encuesta a todos los Colegios de Abogados, y ha sido un éxito de contestación. Alicante, Barcelona, Cantabria, Ciudad Real, Elche, Girona, Granada, Guipúzcoa, Huesca, Lérida, Madrid, Málaga, Orense, Pamplona, Sabadell, Sevilla, Tarragona, Toledo, Teruel, Valencia, Vizcaya, Zaragoza.

XIX Encuentro abogacía sobre Derecho de extranjería y asilo. Conclusiones

III

Conclusiones de las encuestas:

- Mayoría de los que contestan si tienen turno de oficio de extranjería.
- El reciclaje se tiene en cuenta.
- Hay otros servicios de orientación jurídica a extranjeros.
- Turnos de 24 horas. Descarga de trabajo a otros turnos y por tantos de tensiones.
- Mejor imagen del abogado del turno de oficio, para la percepción del extranjero a asistir.
- Transversalidad con distintas ramas del Derecho.
- Problemas de menores no acompañados.
- Insuficiencia en la infraestructura colegial.

20. INTERVENCIONES ADICIONALES:

VALENCIA: Informa sobre dístico «SU ABOGADO LO HA NOMBRADO EL ICAV, NO ES ABOGADO DE LA POLICÍA».

MADRID: Informa sobre Convenio celebrado con el Colegio de Nápoles.

BARCELONA: Informa sobre problemática de la postulación procesal.

MELILLA: Desaparece la notoriedad de falta de medios de extranjeros, y tienen los mismos requisitos que los españoles para demostrar los medios de vida.

ALMERÍA: Problemática procedimientos administrativos en relación con las oficinas de extranjeros.

GUPÚZCOA: Informa sobre protocolo para asistencia a menores extranjeros.

G) Conclusiones mesa de trabajo 10.^a «Cuando me miras, ¿qué ves?».

PRESIDENTE DE MESA: D. Francisco Solans Poyuelo, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

SECRETARIA DE MESA: D.^a Laura Nuño del Campo, Departamento de Comunicación del Consejo General de la Abogacía Española.

1. Es necesario que los medios de comunicación comiencen a mostrar que la inmigración no es una masa homogénea sino que se está constituyendo una nueva sociedad dentro del colectivo de inmigrantes y como toda sociedad, en ella hay gente distinta.
2. Hay que usar los medios de comunicación para promover la integración, mostrando que hay mucha gente con talento y con ansias de superación.
3. Hay que refundar el periodismo apoyando a nuevas iniciativas nacidas fuera de los grandes imperios de la comunicación.
4. Este Encuentro pide a la Subcomisión de Extranjería del CGAE que se adhiera al manifiesto Periodismo y Derechos Humanos (www.manifiestoperiodismoyderechoshumanos.com).

Subcomisión de Extranjería del CGAE

III

5. Es necesaria la formación de los periodistas en materia de extranjería. Deberíamos potenciar la organización de cursos de derecho de extranjería para periodistas.
6. Hemos pasado de ser un país emisor de inmigrantes a ser un país receptor. Por este motivo los medios de comunicación deben ser capaces de transmitir que la realidad de los emigrantes españoles fue muy similar a la realidad que hoy viven los inmigrantes en nuestro país.
7. Los medios deben alejarse del discurso oficial y alentar un cambio de mentalidades.
8. Hay que luchar contra la imagen negativa que en ocasiones transmiten los medios de comunicación sobre las personas migrantes.
9. La Subcomisión de Extranjería debe trabajar en un manual de buenas prácticas dirigido a los medios de comunicación.
10. Promover la creación de una agenda de periodistas y abogados para que unos y otros estén intercomunicados.
11. Los abogados deben hacer un esfuerzo para aprender a comunicar, huyendo de términos jurídicos de difícil comprensión.
12. Se insta a la Subcomisión de Extranjería a elaborar una carta de apoyo para el programa «Con todos los acentos» en los difíciles momentos que vive en la actualidad.

UNIVERSIDAD
DE VERACRUZ. MÉXICO



CONSEJO GENERAL DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA.
Subcomisión de Extranjería



REAL E ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE ZARAGOZA

UNIVERSITY OF CALIFORNIA



Título E-Learning de Experto Jurídico 8.^a edición

sobre "migraciones
internacionales y extranjería"

Octubre 2009-Septiembre 2010

DIRECTORES

Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho

TÍTULO de POSTGRADO

Reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid, homologado por el Consejo General de la Abogacía Española, Certificado de participación de la University of California y de la Universidad Veracruzana

Colaboran

LEX NOVA



TOM • OIM

TIC FUNDACIÓN TELEFÓNICA

Financian



SECRETARÍA DE ESTADO
DE INMIGRACIÓN
Y ENIGRACION
DIRECCIÓN GENERAL
DE INMIGRACIÓN
DE LOS INMIGRANTES

**GOBIERNO
DE ARAGON**

Departamento Servicios Sociales
y Familia

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.

